

# POR

DON PEDRO NICOLAS DE AGUAYO,
vezino de la Villa de Castro del Rio,

# EN EL PLEYTO

CON DON PEDRO JOSEPH DE AGUAYO,
y Consortes, vezinos assimismo de dicha
Villa.

# SOBRE

LA POSSESSION DE LOS BIENES DE EL
Vinculo, que fundò Don Alonso de Guete y Blanca, Familiar del Santo Oficio de la Inquisicion de la Ciudad de Cordova, y vezino de ella.

N.1. RETENDE DON PEDRO NICOLAS de Aguayo, que V.S. se sirva de reformar la sentencia de vista pronunciada en este pleyto, por la que se revocò la de la Justicia de la Villa de Castro de el Rio, y se mandò manutener, y amparar à Don Pedro Joseph de Aguayo en la possession, en que estava de los seis pedazos de Olivar pertenecientes al Vinculo, que de el tercio, y remaniente de el quinto de sus bienes fundò Don Alonso de Guete y Blanca, en cabeza de Doña Andrea de Ayora y Guete su hija: y que se declare aversele transferido la possession civil, y natural de el dicho Vinculo por muerte de Don Diego Ruiz de Aguayo su Padre, vltimo Posseedor de el, y se le mande dar la Real, y actual de los expressados bienes, con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar desde el dia de la vacante.

2. Es precisso supuesto de esta breve Alegacion, que tuvo principio el referido Vinculo por Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales, que en 4. de Febrero de 1651. se otorgò en la Ciudad de Cordova, entre Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figueroa, vezino de la Villa de Castro del Rio, y Doña Andrea de Ayora y Guete, vezina de dicha Ciudad, hija legitima de Doña Bernabela de Ayora y Mesa, ya entonces difunta, y de D. Alonso de Guete y Blanca, quien como Padre de la Doña Andrea intervino al otorgamiento de dicha Escriptura.

3. En esta se refiere averse tratado, y concertado, que los dichos Don Pedro Ruiz de Aguayo, y Doña Andrea de Ayora y Guete, avian de contraer matrimonio por palabras de presente: *Y el dicho señor Alonso de Guete y Blanca prometiò, y se obligò, à que luego que dicho matrimonio tenga efecto, darà à la dicha señora Doña Andrea de Ayora y Guete su hija, seis mil ducados de dote por quenta de su legitima paterna, y materna: en esta manera, dos mil ducados en joyas de oro, y plata, arreos, y menage de casa, apreciados en su justo valor por personas de satisfaccion de ambas partes, y los quatro mil ducados en dinero de contado.*

4. *Item, el dicho señor Alonso de Guete, y Blanca se obligò, à que dentro de tres años despues que tenga efecto el dicho matrimonio, darà empleados en Possessiones, y bienes raizes cinco mil ducados, los quales dichos bienes, que con ellos se compraren, se han de vincular por el dicho señor Alonso de Guete y Blanca, en cabeça de la dicha señora Doña Andrea de Ayora, y de sus hijos, y descendientes, con las clausulas, y condiciones, que bien visto le fuere à el dicho señor Alonso de Guete, y con los demàs llamamientos, que fuere su voluntad; quedando, como queda, en eleccion de el dicho señor Alonso de Guete, què bienes raizes se han de comprar con los dichos cinco mil ducados, y el empleo de ellos ha de ser en la Villa de Castro*

del

*del Rio, y su Termino, y no en otra. Y sin embargo, de que, desde que se ayan empleado los dichos cinco mil ducado; han de gozar de la renta, que procediere de los bienes, que con ellos se compraren la dicha señora Doña Andrea de Ayora, y sus hijos; y el dicho señor Don Pedro Ruiz de Aguayo, como su marido, y conjunta persona, ha de percebir los dichos frutos, y rentas, no han de tener los dichos señores Don Pedro Ruiz de Aguayo, ni Doña Andrea de Ayora la possession, ni administracion de los bienes, que se compraren con los dichos cinco mil ducados, hasta despues de los largos años, que Dios conceda de vida à el dicho señor Alonso de Guete, y Blanca, el qual por toda su vida ha de tener, y posseer los dichos bienes, y adminis- trarlos, ò darlos en arrendamiento à quien, y como le pareciere, acudiendo con la renta à los dichos su yerno, è hija, y à sus hijos, ò dandoles poder en causa propria, para que los cobren de quien los huviere en arrenda- miento. Y el dicho señor Alonso de Guete ha de poder hazer el dicho Vin- culo quando fuere su voluntad, durante su vida; pero passados los dichos tres años, se le ha de poder apremiar, à que haga el empleo de lo dichos cinco mil ducados en los bienes que fuere su voluntad.*

5. Por Clausula posterior à las referidas se capitulò, que la dote de la Doña Andrea avia de ser de seis mil y quinientos ducados: los quinientos para comprar tres fanegas de tierra calma en Termino de la Villa de Castro del Rio, à el sitio, y baxo de los linderos, que cons- tan de dicha Escriptura: y que los seis mil se avian de satisfacer en la forma, y como queda referido: y los cinco mil ducados con que se avian de comprar los bienes, que se avian de vincular, quedassen, co- mo quedaron, reducidos à quatro mil y quinientos, que se empleassen en bienes raizes para el Vinculo expressado.

6. *Y los dichos señores Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figue- roa, y Doña Andrea de Ayora y Guete, por ser mayores de quinze años, y menores de veinte y cinco, juraron à Dios, y vna Cruz, que cada vno hizo en forma de derecho, de aver por firme esta Escriptura, y no se oponer contra ella por su menor edad, ni por otra causa, y de este juramento no pediràn relaxacion, ni absolucion, ni por razon de su menor edad restitu- cion in integrum, y si se les concediere dicha relaxacion, absolucion, ò res- titucion, de nada de ello vsaràn, ni de el beneficio de ley alguna, so las penas de el derecho.*

7. Por no aver cumplido Don Alonso de Guete y Blanca con la obligacion, que por dicha Escriptura contraxo, en quanto à el dar empleados despues de tres años de como tuvo efecto el referido matrimonio, los quatro mil y quinientos ducados en los bienes raizes, que se avian de vincular à favor de Doña Andrea de Ayora, y sus hi- jos; Don Pedro Ruiz de Agnayo y Figueroa, principiò Autos ante la Justicia de la Ciudad de Cordova, contra el referido su suegro, sobre

que

que à efte fe le apremiasse, à que cumpliesse con la obligacion expressada, de la que el Don Alonso de Guete intentò eximirse, por dezir aver sido inoficiosa la dote, que prometiò, y no deberla cumplir por superveniencia de hijos, y otras causas, y razones, que alegò.

8. Terminòse este pleyto por Escriptura de transaccion otorgada en dicha Ciudad de Cordova en 26. de Agosto de 1662. entre los dichos D. Alonso de Guete, y D. Pedro Ruiz de Aguayo, como marido de la Doña Andrea de Ayora, en que refiriendo la obligacion contraìda por el Don Alonso en la Escriptura de Capitulaciones matrimoniales, y el pleyto que se avia suscitado sobre su cumplimiento; considerando, que los litigios suelen ser largos, y costosos, y dudoso el fin de ellos, y por conservar el parentesco que tenian, y escusar disgustos, se concertaron en que el dicho Don Alonso de Guete, y Blanca, en pago de los dichos quatro mil y quinientos ducados, que por la dicha Escriptura debiò dar en bienes raìzes vinculados en la Villa de Castro del Rio, y su termino, huviesse de dar vinculados solamente los seis pedazos de Olivar, que tenia suyos proprios en el Termino de dicha Villa en los sitios, y baxo de los linderos, que constan de esta segunda Escriptura, y sobre que se sigue este pleyto, los que declarò ser libres de todo gravamen, y por tales los asseguró.

9. *Y poniendolo en efecto de su libre, y espontanea voluntad, sin apremio, fuerça, ni inducimiento alguno, ni por dolo, ni engaño à ello atraìdo, por via de mejora de parte del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, el dicho Don Alonso de Guete y Blanca, para que la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su hija, se pudiesse sustentar, y alimentar, y cumplir con mas commodidad las cargas, y obligaciones de su matrimonio, y sus hijos herederos, y successores, en aquella mejor manera, via, y forma que puede, y ha lugar de derecho, en remuneracion del dicho trato, y por otras causas, y justos respectos, que à ello le mueven, de cuya prueba le reserva, por via de Vinculo, y Mayorazgo, y para bienes dèl, hizo gracia, donacion, cesion, y renunciacion en la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su hija, y en sus hijos, herederos, y successores, de los dichos seis pedazos de Olivar suso declarados, y deslindados, para que los aya, tenga, possea, y goze, para sì, y sus frutos, rentas, y aprovechamientos, y sus hijos, y descendientes legitimos avidos, y procreados de legitimo matrimonio, y no legitimados, prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra: y le haze esta gracia, dacion, y donacion irrevocable entre vivos con las clausulas de apoderamiento, y desapoderamiento, poder para tomar la possession, clausula de constituto, donacion de demasia, y mas valor, renunciacion de engaño, eviccion, y saneamiento, y con las demàs fuerzas. y firmezas de derecho necessarias, &c.*

10. *Y en señal de possesion entrega con efecto à el dicho Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figueroa por dicha su hija, y nietos herederos, y successores de ella en interin, que de hecho la toma judicial, ò extrajudicialmente la nota orginal de esta Carta, y Titulos, de la pertenencia de los dichos seis pedazos de Olivares, que le entrega, y ha con quenta de fojas; para que por su tradiccion, y entrego de dicha Escriptura, y Titulos se le passe, y transfiera, y à todos los hijos herederos, y successores de la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su hija, y à los descendientes de ellos legitimos el util dominio, y derecho, que à cada vno le toca conforme à este llamamiẽto, siendo siẽpre vno solo Posseedor de ellos por vinculados, como dicho es, sin que se puedan vender aora, ni en ningun tiempo, por ninguna causa, ò razon que aya, obligar, dar, donar, trocar, ni cambiar, hypotecar, ni en manera alguna enagenar, porque los han de aver, posseer, tener, y gozar vinculados por via de tercio, y remaniente del quinto del dicho Alonso de Guete y Blanca, de ventaja, y mejora mas, que los demàs sus hijos, y nietos, &c.*

11. *Y à falta de la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su hija, y sus hijos, y descendientes legitimos, vengan, y succedan en este Vinculo, Mayorazgo, y donacion, que haze por esta Escriptura, los demàs mis hijos legitimos que tengo, y adelante tuviere del matrimonio que tengo con Doña Maria de Navas y Collantes mi legitima muger, y sus hijos, herederos, y successores de ellos, prefiriendo como dicho es el mayor al menor, y el varon à la hembra legitimos, y no legitimados, y siendo siempre vn solo Posseedor de ellos; y à falta de todos mis hijos, y nietos, y herederos legitimos descendientes de ellos, según dicho es, succedan los que llamare el postrero Posseedor de este Vinculo vna, y mas vezes, todas las que huviere falta de succesion legitima, &c.*

12. *Otrosi el dicho Alonso de Guete y Blanca dixo, que ha de posseer vinculado otros dos pedazos de Olivar, y vna Casa por fin, y muerte de Maria de Guete su hermana, muger legitima de Anton Gomez de Albertos, vezino de dicha Villa de Castro del Rio, que pertenecen al Vinculo, que dexò Fundado Fernando de Blanca su visabuelo, vezino que fue de dicha Villa de Castro del Rio, y conforme à la facultad, que por ella tiene, puede nombrar el hijo, hija, ò nieto, que le huviere de succeder en el goze, y possesion de dichos dos pedazos de Olivares, &c.* Cuyos sitios, y linderos, como tambien los de dicha Casa, refiere por esta Claulula.

13. Y despues prosigue diziendo: *Y vsando de la facultad, que tiene, de poder nombrar successor de estos dos pedazos de Olivar, y Casas para despues de sus dias; dixo, que nombraba, y nombrò por successora legitima à la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su hija; y despues de ella sus hijos, y descendientes legitimos llamados; como dicho es.*

*es: Y à falta de ella, y de ellos, los hijos, y descendientes de mi matrimonio, que tengo con la dicha Doña Maria de Navas y Collantes; à cuyo Vinculo agregò, y juntò con los dichos seis pedazos de Olivar de esta donacion, succession, y llamamientos, que dexa hechos por esta Escriptura, sin que pueda hazer, ni otorgar otros llamamientos algunos, que la haga invalida por razon alguna, que para ello tenga; porque assi se ha de guardar, y cumplir inviolablemente, sin le dar otro entendimiento, ni declaracion mas, de el que la letra suena. Y lo que en contrario de esto se hiziere, no valga, y desde luego lo reprueba, reclama, y contradize, como cosa hecha cautelosamente en fraude, y perjuizio de tercero, y de su voluntad.*

14. *Y el dicho Don Pedro Ruiz de Aguayo por sì, y por la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su muger, y hijos, y successores de ellos esta Escriptura aceptò, y recibiò en su favor, y con esta dacion, situacion, y cessiòn se contentò, y satisfizo por entero, y cumplido pago de la obligacion, y promessa de los dichos quatro mil y quinientos ducados, que avia hecho el dicho Alonso de Guete y Blanca à la dicha su hija, y successores en su derecho, como si real, y verdaderamente le huviera dado satisfaccion de ellos, y en caso necessario, de la demasia, y falta para el cumplimiento de su promessa, se diò por entregado, pagado, y satisfecho, y renunciò las leyes de la entrega, y prueba de la paga, y demàs que de ello tratan, y le otorgò finiquito de dicha promessa de dote en bastante forma, &c.*

15. No se puede dudar, que en virtud de dichas dos Escripturas, y sus Clausulas, que se han referido, segun el orden, con que en ellas se insertan, quedò perfecta, è irrevocable la Fundacion del expressado Vinculo, por averse hecho por Don Alonso de Guete y Blanca à su hija Doña Andrea por via de mejora de parte del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, por contrato entre vivos, por causa onerosa con otro tercero, como era el matrimonio que contraxo el Don Pedro Ruiz de Aguayo, y averle entregado la nota original de la Escriptura de dicha mejora por ante el Escrivano de su otorgamiento, y los otros titulos de pertenencia de los bienes de que la hizo; y averle assimismo en virtud de la expressada tradiccion de Titulos, y Escriptura, y de la Clausula de constituto, que en ella se halla, transferido la possession de los Olivares, en que consistiò la mejora referida, segun la doctrina de Anton. Gom. *in leg. 17. Taur. num. 16. & in leg. 45. num. 56. 57. & 78.* Circunstancias que todas, y qualquiera de ellas hazen à la mejora irrevocable, segun lo expressamente dispuesto por la dicha *ley 17.* y por la *44. Taur,* que son la *ley 1. tit. 6.* y la *ley 4. tit. 7. lib. 5. Recop.*

16. Y siendo, no solo en los terminos de mejora hecha *propter causam* con las circunstancias referidas, sino es en los de otra qual-

qualquiera donacion simple, en que no intervengan, sentencia muy probable con la *ley* 3. *tit.*8.*lib.*3.*Ordinam.* que es la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* el que no se requiera para su irrevocabilidad aceptacion por parte de aquel à cuyo favor se haze, lo que assi enseñaron Diego Perez *in dict. leg.* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *Ordinam.* Anton. Gomez *tom.* 2. *Variar. cap.* 4. *num.* 3. *in fine.* Dom. Rodrigo Suarez *in leg. Quoniam in prioribus, C. de inofficioso testam. quæst.* 8. *num.* 7. Cevall. *quæst.* 54. *num.* 13. Matienç. *in leg.* 7. *Gloss.* 2. *num.* 21. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* Angul. *in leg.* 1. *Gloss.* 5. *num.* 28. *& in Gloss.* 8. *num.* 17. *in fin. tit. de las mejoras*, y otros muchos que citan, P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib.* 1. *disp.* 6. *num.* 18. Faria ad Dom. Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 14. *ad num.* 13. *num.* 44. aun en el caso de que se tenga por mas cierta, y probable la opinion contraria, que defendieron Dom. Covarr. *loco citato.* Dom. Castill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 37. *num.* 39. Dom. Salg. *part.* 2. *Labyr. cap.* 26. *n.* 60. D. Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 60. Juan Gutierr. *in repet. cap. Quamvis pactum, de pactis in sexto n.* 53. *&* 56. *& in cons.* 41. *n.* 4. Mieres *de Maiorat.* 1. *p. q.* 36. *n.* 1. *& seqq.* Noguer. *alleg.* 22. *num.* 6. y otros muchos, que estos refieren; no le faltò esta circunstancia de aceptacion à la Fundacion del dicho Vinculo, para que quedasse eficàz, è irrevocable por todos medios.

17. La aceptò Doña Andrea de Ayora, en cuyo favor se hizo en primer lugar; porque aviendose obligado su Padre à darle dentro de tres años, despues que tuviesse efecto el matrimonio, que avia de contraer con Don Pedro Ruiz de Aguayo 4500. ducados empleados en bienes raìzes, que se avian de vincular en cabeza de dicha Doña Andrea, y de sus hijos, y descendientes, como consta de la Escriptura del año de 651. resulta de ella misma, y se refiriò al n. 6. que *Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figueroa, y Doña Andrea de Ayora y Guete, por ser mayores de* 15. *años, y menores de* 25. *juraron à Dios, y à vna Cruz, que cada vno hizo en forma de derecho, de aver por firme esta Escriptura, y no se oponer contra ella por su menor edad, ni por otra causa.* Cuyas palabras son vna formal aceptacion hecha por los dichos Don Pedro, y Doña Andrea de la Fundacion referida. Y à lo menos la han de suponer, como antecedente precisso para jurar, como juraron, *aver por firme esta Escriptura, y no se oponer contra ella por su menor edad, ni por otra causa,* ex illo vulgari Axiom. Iuris: *Qui vult consequens, vult etiam suum necessarium antecedens.* Quod pluribus leg. & AA. exornat August. Barbos. *Axiom.* 54. *num.* 1. *&* 2.

18. Y es la Clausula antecedente de tal eficacia, que les inhabilitò totalmente, para que pudiessen en tiempo alguno embarazar el efecto de la Fundacion referida, no solo vsando de qualquiera accion ordinaria de lesion, sino es tambien del remedio extraordina-

dinario de restitucion, que contra la dicha Escriptura les pudiesse competir por razon de su menor edad, ò por otra qualquiera causa. Ita Tello Fernandez *in leg.* 17. *Taur. num.* 111. Anton. Gomez *tom.* 2. *Variar. cap.* 14. *num.* 20. *✠. Tertio infero.* Joannes Gutierr. *in rep. Authen. Sacramenta puebrum, C. si adversus venditionem, num.* 32. ibi: *Et omnes concludunt, esse cautelam, vt juretur, non contravenire ratione minoris ætatis, neque alia quacumque ratione vt omnia remedia tollantur; & ita intelligendæ sunt dictæ leges Regiæ suprà allegatæ, dicentes, & probantes, quod si plures iurent non contravenire contractibus suis ratione minoris ætatis debeat servari iuramentum; nam intelligi debent eo tantum casu, quo contractus sit nullus, vel revocabilis ratione minoris ætatis, non verò ex alia causa; vnde, vt omnia remedia excludantur, servari debet, & practicari prædicta cautela; quod dicant, & iurent, non contravenire ratione menoris ætatis, neque alia quacumque ratione iuxta suprà dicta.*

19. Y aunque à el otorgamiento de la Escriptura del año de 662. no intervino la Doña Andrea de Ayora, sino es solos Don Pedro Ruiz de Aguayo, como su marido, y conjunta persona, y Don Alonso de Guete y Blanca Padre de la referida; tampoco se dexò de aceptar por esta la transaccion, que se hizo por el dicho instrumẽto. No por constar del mismo, como se refiriò al num. 14. que *el dicho Don Pedro Ruiz de Aguayo, por sì, y por la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su mager, hijos, y successores de ellos, esta Escriptura aceptò, y recibiò en su favor*; porque *attento iure veteri*, confessamos por cierta la doctrina de el Giurb. *consuet. Mesanens. cap.* 1. verb. *Et vnum corpus. Gloss. 6. num.* 57. en que con la vulgar regla de derecho *à el §. Alteri instit. de innutilibus stipulationibus: Alteri stipnlari nemo potest*, pone por conclusion la proposicion siguiente: *Maritus non videtur vsori posse stipulari*: Sino es porque es constante, y no se duda, que en virtud de la referida Escriptura, y no por otro titulo, desde que se otorgò hasta que muriò por el año de 710. Doña Andrea de Ayora y Guete, todo el tiempo, que durò su matrimonio, y los muchos años, que viviò, despues de dissuelto estuvo en el goze, y possession de los seis pedazos de Olivar, que por ella se le entregaron vinculados.

20. Porque la possession, goze, y aprovechamiento de los frutos de qualquiera alhaja, no es otra cosa, q̃ vna manifiesta formal aceptacion del titulo, en cuya virtud se entrò à posseerla. Lo qne se prueba expressamente de la *ley* 1. *tit.* 6. *part.* 6. ibi: *Tomado aviendo acuerdo el heredero, si le plaze de recebir la herencia, en que es establecido por heredero de otri, ò le pertenece por razon de parentesco, debelo dezir llanamente, otorgandose por heredero. E aun se puede esto facer por*

*fecho, maguer non lo diga paladinamente. Esto seria, como si el heredero vsasse de los bienes de la herencia, assi como heredero, è señor, labrando la Heredad, ò arrendandola, ò desfrutandola, ò vsando de ella en otra manera qualquier semejante de estas. Cà por tales señales, ò por otras semejantes se prueba, que quiere ser heredero.* Motivo porque con razon el Avendañ. *lib. 2. de Exeq. cap. 1. num. 5.* vers. *Item aceptatio,* dixo: *Item aceptatio privilegiorum, vel donationum in dubio inducitur eo ipso, quod in aliqua parte contentorum in privilegio reperiatur possessor donatarius, nam ex hoc apparet voluntas vtendi in totum.* Y el Mieres *de Maioratib. part. 1. quæst. 36. num. 31.* ibi: *Vnde si filius quomodolibet vtatur re donata in maioratum, aceptare videtur. Et ad hoc conducunt aliqua, quæ scribit. Gregor. Lop. in dict. leg. 11. Franc. Mant. in tractat. de Conjectura ta mente defuncti lib. 12. tit. 12. num. 11.* Cuya proposicion desde el lugar citado prosigue confirmando el Mieres con elegantes Textos, y Doctrinas especiales por muchos numeros.

21. Y no nos detuvieramos en fundar con mas extension, la que dexamos sentada al principio del §. immediato, si sobre ella se pudiera suscitar alguna duda atendida disposicion de derecho. Pero teniendo presente, que sin embargo de estar dispuesto por èl, en terminos de donacion, que para que esta fuera valida, è irrevocable quando se hazia al ausente, era necessario, que interviniesse carta, ò Nuncio imbiado por el donante, para que enterado por este modo el donatario la aceptasse. *Ex leg. Absenti 10. ff. de donationib. & ex leg. 4. tit. 4. part. 5.* Y viendo al mismo tiempo, que està decidido por los Emperadores Diocleciano, y Maximiano, que sean subsistentes, è irrevocables las donaciones, que se hazen à los ausentes, principalmente quando estos, por voluntad de los donantes, se hallan en la possession de las alhajas, que se les donan. *Ex Text. in leg. Neque ambigi 6. C. de donationib.* ibi: *Neque ambigi oportet donationes etiam inter absentes (& maximè si ex voluntate donantium possessiones ij, quibus donatum est, nanciscantur) validas esse.* Es precisso, que con lo literal del referido Texto, se aya de confessar, que no se puede ofrecer duda alguna, atendida la disposicion de Derecho, sobre la expressada proposicion, y mas quando no ay otra razon, que poder dar de la decision del Texto en la dicha ley *Neque ambigi*, que el ser la possession, goze, y aprovechamiento de los frutos de qualquiera alhaja vna manifiesta formal aceptacion del Titulo, en cuya virtud se entrò à posseerla.

22. Ni se ha de estrañar, el que digamos, que es manifiesta formal aceptacion de el titulo, en cuya virtud se entra à posseer qualquiera alhaja, la possession, goze, y aprovechamiento de los fru-

frutos de ella, porque ſino es dudable, que lo fuera, la que ſe hiziera con palabras expreſſas, diziendo, V.g. *recibo tal alhaja*; ò *acepto la venta, ò donacion, que ſe me haze de ella*, con mayor razon ſe debe tener por formal, y manifieſta aceptacion, el proprio hecho de paſſar à apoderarſe, y tomar la poſſeſsion de la alhaja donada, ò vendida, por ſer vulgar propoſicion de Derecho, que *facto, magis quam verbis voluntas declaratur*. La que prueba el Mieres *de Maiorat. 1. part. quæſt. 36. num. 41.* y con la *ley Paulus, ff. rem ratam haberi. Leg. Pro hærede, ff. de acquirenda hæreditate.* Menoch. *conſ. 1. num. 264. & conſ. 5. n. 16. & conſ. 110. n. 1. & ſeqq. & conſ. 158. n. 48.* Maſcard. *de Probationib. concluſ. 1415. num. 34.* Gonçalez *ad Reg. 8. Chanc. §. 4. Prœmio num. 71.* y con otros muchos Auguſt. Barboſ. *in Repert. practicar. concluſ. liter. F.* verb. *Factum.*

23. Y aun en el caſo negado, de que la continuada poſſeſsion, que tuvo Doña Andrea de Ayora y Guete, de los referidos ſeis pedazos de Olivar deſde el año paſſado de *662.* en que ſe le entregaron vinculados por via de mejora de el tercio, y remaniente de el quinto de los bienes de ſu Padre, haſta que muriò por el año de 710. ſolo induxeſſe vna tacita aceptacion de dicha mejora, y titulo, en cuya virtud entrò à poſſeer, dezimos, que eſta aceptacion tacita, conforme à Derecho, es ſuficiente, para que la mejora referida quedaſſe perfecta, è irrevocable. Aſsi lo enſeñaron Dom. Covarrub. *in rubrica de Teſtam. 3. part. num. 19.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 2. num. 76.* Dom. Caſtillo *tom. 5. Controv. cap. 80. num. 8.* Dom. Salg. *2. part. Labyr. cap. 26. num. 60.* Mieres *de Maiorat. part. 1. quæſt. 36. num. 40.* Azev. *in leg. 2. tit. 6. lib. 5. Recop. num. 11.*

24. Concurre con lo dicho haſta aqui, el que la Eſcriptura, que ſe otorgò por el año de *1662.* donacion, y mejora que por ella ſe hizo, no ſolo ſe aceptò por Doña Andrea de Ayora, como queda fundado, ſino es tambien por Don Diego Ruiz de Aguayo, hijo mayor varon, que fue de la dicha Doña Andrea, y de Don Pedro Ruiz de Aguayo ſu marido. Para cuya prueba, es de notar, que al tiempo de el otorgamiento de dicha Eſcriptura, ſegun conſta de Clauſula expreſſada del Teſtamento de la Doña Andrea, tenia ya eſta quatro, ò cinco hijos; y aunque para juſtificacion de eſto miſmo ha preſentado en la inſtancia de viſta la Parte de Don Pedro Joſeph las partidas de Baptiſmo de Bernabela Joſepha, que naciò el año de *1655.* de Alonſo Pelagio, que naciò el de *657.* de Catharina Maria en el año de *658.* y de Maria Manuela en el de *661.* hijos todos de Don Pedro Ruiz de Aguayo, y de Doña Andrea de Ayora; y no ha querido preſentar la partida de Baptiſmo de dicho Don Diego, no ſe puede dudar, que eſte eſtava ya nacido por el dicho año de *662.*

por-

porque de otra forma no pudiera aver sido, como fue entre sus hermanos el hijo mayor varon de los dichos Doña Andrea, y Don Pedro.

25. En cuyo supuesto, aunque se acierta la doctrina de el Mieres *de Maiorat. part. 1. quæst. 36. num. 16.* en que diò à entender, que para que sea valida la aceptacion, que se haze por Procurador de qualquiera donacion, es menester que tenga especial poder del donatario: no pudiendose dudar, que los Mayorazgos, que los hijos han de aver por la linea materna, como fue respecto del dicho Don Diego el fundado por Don Alonso de Guete y Blanca, son bienes adventicios, cuyo vsufructo le compete al Padre. Anton. Gom. *in leg. 48. Taur. num. 3.* el qual por derecho tiene la administracion de ellos, y puede hazer por sus hijos, assi judicial, como extrajudicialmẽte qualquiera cosa, aunq̃ para ella se requiera especial poder. D. Castill. *lib. 1. Controv. cap. 3. n. 10. & 11.* ibi: *Et expedit pro filio omnia, etiã speciale mandatum exigentia, &c.* D. Salced. *in Theatro honor. Gloss. 50. à num. 85.* No es tampoco dudable, que la dicha Escriptura del año de 662. donacion, y mejora en ella hecha, se aceptò tambien por Don Diego Ruiz de Aguayo en fuerça de la clausula que se refiriò al num. 14. y se puso en dicho instrumento, ibi: *Y el dicho Don Pedro Ruiz de Aguayo por sì, y por la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete su muger, y hijos, y successores de ellos esta Escriptura aceptò, y recibiò en su favor.*

26. Y se confirma mas este discurso, atendiendo, à que aun en los terminos de Derecho Comun, y de el Antiguo de estos Reynos, segun los quales ninguno podia adquirir para otro obligacion, ni aceptarla, por la vulgar regla de Derecho *alteri stipulari nemò potest*, de que hizimos mencion al *num. 19.* la que pone por cierto supuesto el P. Thomàs Sanch. *de Matrim. lib. 1. disp. 7. num. 4.* no se dudaba, que era valida la aceptacion, que se hazia por el Padre de qualquiera obligacion, ò donacion hecha à el hijo de bienes, en que el Padre pudiesse tener la propriedad, y vsufructo, ò el vsufructo solo. P. Thom. Sanch. vbi suprà, ibi: *Excipiuntur tamen aliqui, qui pro alijs stipulari possunt, vt Pater pro filio, qua in re breviter sic distinguendum est: aut stipulatur aliquid dandum filio, vel faciendum pro filio: si aliquid dandum filio existenti sub Patris potestate, si id dandum est huius generis, vt acquiratur Patri, vt prophectitiũ quoad proprietatẽ, & vsumfructũ, & adventitiũ, quoad vsumfructũ valet, vt patet ex l. Quod dicitur la 2. & ex l. Dominus servo, ff. de verbor. oblig.* Todo lo qual acredita hallarse aceptada la referida donacion, y mejora de los dichos seis pedazos de Olivar hecha por las referidas dos Escripturas, assi por la Doña Andrea de Ayora y Guete, en cuyo favor se hizo en primero

lu-

lugar, como tambien por Don Diego Ruiz de Aguayo su hijo mayor varon, por averla aceptado Don Pedro Ruiz de Aguayo su Padre, y Administrador legitimo, en virtud del poder especial que por derecho tuvo para poderlo hazer.

27 Como sea cierto, que interviniendo aceptacion, queda sin controversia perfecta, y exequible qualquiera donacion, ò mejora, ya sea simple, ò ya *propter causam*, y con gravamen de Vinculo, como lo fue la hecha por Don Alonso de Guete y Blanca, y estè prevenido por la *ley* 45. *Taur. que es la* 8. *del tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. Que las cosas que son de Mayorazgo, agora sean Villas, ò Fortalezas, y de otra qualquiera calidad que sean, muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession, se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo debiere succeder en èl, aunque aya otro tomado la possession de ellas en vida del Tenedor del Mayorazgo, ò el muerto, ò el dicho tenedor le aya dado la possession de ellas.* Aviendo fallecido por Noviembre del año passado de 710. la Doña Andrea de Ayora, Posseedora que fue de los bienes de la mejora referida, y por Diziembre de 713. Don Diego Ruiz de Aguayo su hijo mayor, en catorce de Março de 715. se ourriò por parte de Don Pedro Nicolàs de Aguayo ante la Justicia de la Villa de Castro del Rio, haziendo presentacion de dichas dos Escripturas, y de las partidas de entierro de los dichos Doña Andrea, y Don Diego su Padre, y en vista de informacion que ofreciò, y con que justificò aver sido el hijo mayor varon legitimo que tuvo; y de aversele transferido la possession civil, y natural de los bienes de dicha mejora, como que era el siguiente en grado, que segun su disposicion debia en ella succeder, pretendiò, que se le mandasse dar la real, y actual de los bienes referidos en virtud de dichas leyes, y de la *ley fin. C. de edicto Divi Adriani tollendo*, que tambien compete al successor del Mayorazgo, como con Anton. Gom. & Dom. Molin. fundò D. D. Joanes del Castillo *lib.* 3. *de las Controv. cap.* 24. *num.* 25. Dom. Gregor. Lopez *en la ley* 2. *tit.* 14. *part.* 6. *Gloss.* 13.

28. Antes que por la dicha Justicia se le mandasse dar à Don Pedro Nicolàs la possession de los bienes de dicha mejora, la saliò contradiciendo el Padre General de Menores de dicha Villa, por los que quedaron por muerte del dicho Don Diego, por pedimento que presentò en 16. del mismo mes de Março, en que expressò, que los referidos Olivares eran bienes libres, y como tales se avian inventariado à su pedimento en el Inventario, que se hizo por muerte de Don Diego Ruiz de Aguayo, por la parte que de ellos pertenecia à dichos sus hijos menores.

29. Don Pedro Joseph, y Doña Cathalina Rosa de Agua-

yo y Guete, como hijos, y herederos de la referida Doña Andrea de Ayora, tambien contradixeron dicha possession por otro pedimento presentado en 18. del dicho mes, por dezir avian posseido todos los bienes de la dote de su madre, y entre ellos los dichos seis pedazos de Olivar, y que los estavan posseyendo proindiviso cada vno en virtud del derecho, que a ellos tenia; es à saber, el Don Pedro por su legitima, y mejora de tercio, y quinto, y la Doña Catharina Rosa por la porcion, que le podrà tocar, conforme à su institucion.

30. Huvose por contradicho la possession, que se pretendiò por Don Pedro Nicolàs de Aguayo, y para que hiziessen su contradicion mas en forma, se les mandaron entregar los Autos, assi al Padre General de Menores, como à la parte de los dichos Don Pedro Joseph, y Doña Catharina Rosa. Aviendose continuado este pleyto, y tomado los Autos los referidos, las excepciones que tienen opuestas, y de que se han valido para esforçar su contradiccion, y elidir la accion deducida por Don Pedro Nicolàs de Aguayo, se reducen à quatro. La primera es dezir, que fue nula dicha mejora, por aver se hecho por Don Alonso de Guete de parte del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, à su hija Doña Andrea, por razon de dote, por contrato entre vivos, lo q̃ està resistido por derecho. La segunda, que assimismo fue nula por el dolo, que en ella suponen intervino de parte del dicho Don Alonso, y lesion enormissima, que dizen padeciò la Doña Andrea por las razones, que despues se referiràn. La tercera, que los dichos seis pedazos de Olivar, que en dicha mejora se comprehendieron, los posseyeron como libres Don Pedro Ruiz de Aguayo, y Doña Andrea de Ayora su muger; y que por muerte de esta, como tales han continuado posseyendolos pro indiviso Don Pedro Joseph, y Doña Catharina Rosa de Aguayo, como hijos, y herederos de la Doña Andrea, y por razon de cierta mejora de tercio, y quinto, q̃ à el D. Pedro Joseph hizo. La quarta, que aun en el caso de que los referidos Olivares fuessen vinculados en virtud de las Escripturas de capitulaciodes matrimoniales del año de 1651. de transaccion del año de 662. aviendose por esta agregado à el Vinculo, que fundò Hernando de la Blanca, estando posseyendolo dicho Don Pedro Joseph de Aguayo, debia tambien por este titulo ser manutenido en la possession en que estava de ellos. Estas quatro excepciones nos han dado motivo à dividir esta alegacion en quatro distintos Puntos, en los que procediendo con la claridad, que desseamos, procurarèmos manifestar la ninguna eficacia de cada vna de ellas con separacion.

PVN-

# PVNTO I.

## *QVE LA MEJORA HECHA POR D. ALONSO de Cuete y Blanca à su hija Doña Andrea de Ayora y Guete, no està resistida por derecho, ni contuvo nulidad: y en el caso negado, que la contenga, no se puede oponer por D. Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes en este pleyto.*

§. I.

31. LA primera parte de la conclusion de este Punto, es dezir, *que la mejora hecha por Don Alonso de Guete y Blanca, à su hija Doña Andrea de Ayora y Guete, no està resistida por derecho, ni contuvo nulidad.* Para evidenciar la verdad, que en quanto à esta primera parte tiene la referida conclusion, es precisso tener presente, que por Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes, en todo el progresso de este litigio, constantemente se ha alegado, que el D. Alonso de Guete, al tiempo que prometiò à Doña Andrea de Ayora su hija los 4500. ducados, que constan de la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales; y avia de dar empleados en bienes raizes, que se avian de vincular despues de passados tres años de como tuviesse efecto el matrimonio de la susodicha, tenia, ademàs del que administraba de la dote de Doña Bernabela de Ayora su muger, muy crecido caudal suyo propio, que se estimaba en màs de 50U. ducados: assi se articulò, y probò à la segunda pregunta de las probanças, que por parte de los susodichos se hizieron ante el inferior, y lo tienen repetido en diferentes pedimentos, que en esta Corte han presentado, ademàs de no averse dudado, ni dicho contra ello cosa alguna por parte de Don Pedro Nicolàs de Aguayo.

32. Aun quando el caudal propio, que Don Alonso de Guete y Blanca tenia à el tiempo de dicha Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales, y constitucion de la dote de su hija Doña Andrea, solo fuessen los dichos cinquenta mil ducados, resulta precissamente, que el quinto de dicho caudal eran diez mil ducados de vellon, que hazen ciento y diez mil reales de la misma moneda. Y el tercio de los quarenta mil ducados restantes, son ciento y quarenta y seis mil seiscientos y sesenta y seis reales de vellon, y en vna suma el dicho tercio, y quinto componen dozientos y cinquenta y seis mil seiscientos y sesenta y seis reales de dicha moneda.

33. Y constando por el Testamento baxo, cuya disposicion muriò Don Alonso de Guete y Blanca, otorgado en la Ciudad de

de Cordova, en 29. de Agosto de 1669. que tuvo tres matrimonios: el primero, con Doña Maria Tellez, de quien no tuvo hijos algunos; el segundo con Doña Bernabela de Ayora y Mesa, de quien tuvo por sus hijos à Doña Andrea de Ayora, muger que era de Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figueroa, à Doña Cathalina, y Doña Bernabela de Ayora, Monjas professas en el Convento de Santa Cruz de dicha Ciudad, las que avian renunciado sus legitimas paterna, y materna à favor del dicho Don Alonso de Guete; el tercero con Doña Maria de Navas y Collantes, de quien tenia por sus hijas legitimas à Doña Mariana, Religiosa professa, y à Doña Luysa, novicia de dicho Convento, à Doña Josepha de edad de 15. años, à Doña Maria Manuela de 11. à Doña Francisca de 8. y à Doña Laura de edad de 5. años; y aviendo à estas seis, juntamente con la dicha Doña Andrea, muger del Don Pedro Ruiz de Aguayo, y Figueroa, instituìdolas en iguales partes por sus universales herederas: en estos terminos le venia à tocar à la dicha Doña Andrea, como una de siete herederos de Don Alonso de Guete su Padre en los 256µ666. reales de vellon, que importaban el tercio, y quinto del caudal propio, que posseìa al tiempo que se otorgò la dicha Escriptura de Capitulaciones, treinta y seis mil seiscientos y sesenta y seis reales.

34. No es dudable, que à esta cantidad no pudieron equivaler los seis pezados de Olivar, que por Don Alonso de Guete se entregaron vinculados por la Escriptura de Transaccion del año de 662. por via de mejora de parte del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, à la Doña Andrea de Ayora su hija, y à Don Pedro Ruiz de Aguayo su marido, por pago, y en lugar de los 4500. ducados, que por la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales, les ofreciò dar empleados en bienes raìzes, que se avian de vincular en cabeza de la dicha Doña Andrea, y sus hijos; porque assi lo persuaden las Escripturas de compreda de la mayor parte de los dichos pedazos de Olivar, presentadas por Don Pedro Nicolàs de Aguayo, y lo tiene confessado la Parte de D. Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes en el vltimo pedimento de justicia, que con diferentes instrumentos presentò en el Real Acuerdo despues de visto este pleyto.

35. Por lo qual, aunque estè mandado por la *ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija tercio, ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tacita, ni expressamente por ninguna manera de contrato entre-vivos*: dezimos, que la decission de esta ley, y su prohibicion, no puede causar nulidad en la mejora hecha por Don Alonso de Guete y Blanca à su hija Doña Andrea de Ayora, porque solo se la hizo *de parte del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes*, como consta de la Clausula del num. 9. de esta Alegacion, y con los seis pedazos de Oli-

Olivar, que en su virtud se le entregaron, aun no se percibiò la dicha Doña Andrea la parte de tercio, y quinto, que le pudiera tocar, como à vna de siete herederos de su Padre, si el tercio, y quinto de los bienes de este se huviera entre ellos dividido igualmente al tiempo, que se le constituyò su dote, y quando el dicho Don Alonso se obligò à darle los 4500. ducados empleados en bienes raìzes vinculados, los que despues se reduxeron à dichos Olivares: y lo que por dicha ley se prohibe es, *que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija tercio, ni quinto de sus bienes*. Pero no se prohibiò, el que pudiesse darle, y prometerle la parte de tercio, y quinto, que le podia tocar como à vno de sus hijos, dividiendolo entre ellos igualmente, y sin perjuizio de las partes, que cada vno de los otros pudiessen aver.

36. Es esta expressa doctrina del Angul. *de Meliorat. in leg. 6. Gloss. 1. num. 12.* ibi: *Tertio ex prædictis infertur verus sensus illius legis Regiæ præcipientis filiam non posse meliorari causa dotis in tertio, neque in quinto, neque in aliqua eorum parte; vt intelligatur in parte scilicèt, quæ tangeret aliorum partes æquales. Sed in parte quæ ex dicto tertio, & quinto æqualiter divisis, sibi (tamquam vni filiorum) atineret, non dicitur meliorata: neque est interdicta eam partem ratione dotis capere, vel ex pacto sibi incolumen reservare; cum filia non reperiatur prohibita succedere in tertio, & quinto cum alijs filijs æqualiter, cum solum sit prohibita meliorari: & ex æquali successione (etiam ex pacto reservata) non reperiatur in aliquo melioris conditionis præ cæteris filijs.* Y con el Angul. en el lugar citado, Dom. Larrea, *tom. 1. decis. Granat. decis. 36. num. 7.* ibi: *Etiam si ea Pragmatica prohibeatur filiam dotis ratione consequi tertium, & quintum eis verbis: Y mandamos, que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija tercio, ni quinto de sus bienes; adhuc tamen partem tertij, & quinti quæ filiæ competere posset, si inter omnes filios æqualiter bona divideret pater, poterit promitere ratione dotis absque novæ legis læsione.* Et in dicta decis. num. 17. ibi: *Sed in terminis nostræ controversiæ eleganter notavit Angulo, qui maximè defendit, dictam leg. 22. Tauri, in tractatu de meliorat. L. 6. Gloss. 1. num. 10. postquam plura contra expendit, tandem concludit, verius esse, filiam ex causa dotis, & si ex Pragmatica Madritiia prohiberetur meliorari, non solum esse capacem legitimæ necessariæ, sed etiam partis tertij, & quinti, quæ sibi, tanquam vni filiorum contingere potest. Vt ex Fulgos. Jason, Menes. & Baez. probat. num. 12. & verba dictæ Pragmaticæ*, ibi: *Ni se entienda ser mejorada tacita, ni expressamente, interpretatur, vt prohibeant capere filiam ratione dotis partes tertij, & quinti, quæ tangunt alios, non verò suam, in qua non potest dici meliorata, &c.*

37. Y es evidente el fundamento de las referidas doctrinas, y muy conforme à la mente del Legislador, y razon de la dicha *ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop* porque si esta fue el evitar el daño, que se les seguia à los demàs hijos por las excessivas dotes, que se daban à las hermanas quando se les mejoraba en tercio, y quinto por razon de casamiento, como probò el Baeza *de non meliorand. cap. 2. per totum, & præcipuè ex num. 19.* y el Azev. *in dict. leg. 1. tit. 2. lib. 5. Recop. num. 1.* verb. *Atenta la desorden,* ibi: *Sed in effectu hæc fuit ratio nostri textus, scilicèt inordinatus numerus dotis, & damnum ab inde proveniens alijs filijs, & finalis causa, & ratio Legislatoris fuit evitare damnum filiorum aliorum, ponendo ordinem, & restringendo dotium excessus.* Como no se pueda considerar daño alguno respecto de los demàs hermanos, quando el Padre entrega à la hija por razon de dote la parte, que le podia tocar en el tercio, y quinto de sus bienes, dividiendolo igualmente con los otros sus hijos, es precisso consiguiente, que en este caso por cessar la razon de dicha ley, se ayan de tener por subsistentes las mejoras que se hazen à las hijas: y con mayor razon, quando en virtud de la mejora, aun no percibe la hija la parte de tercio, y quinto, que como à vna de muchos le podia tocar de los bienes de su Padre, partiendose entre ellos igualmente, que es lo que le sucediò à la dicha Doña Andrea de Ayora.

38. Ni es de aprecio alguno el argumento, que se nos puede hazer con las doctrinas del Angulo, y del señor Larrea, que quedan referidas al num. 36. pues si segun lo literal de ellas, quando el Padre le entrega à su hija por razon de dote la parte, que le podia pertenecer del tercio, y quiento de sus bienes, dividiendolos igualmente entre los demàs sus hijos, no se puede dezir, que en ella la mejora, parece que por precisso consiguiente se avia de dezir, que no le podia en ella gravar con la carga de Vinculo, ni otra semejante, respecto de que solo mejorandola lo podia hazer, *ex leg. 27. Taur.* que es la *11. tit. 6. lib. 5. Recop.* porque el argumento referido es solo aparente, y se satisface con evidencia atendiendo las circunstancias de la question, que los dichos AA. tocaron, quando llegaron à explicarse con los referidos terminos, cuya especie fue: Si vn Padre q̃ teniendo dos hijas, hizo pacto de no mejorar à ninguna, dividiendo despues entre ellas el tercio, y quinto de sus bienes por iguales partes, podia ponerles el gravamen de Vinculo? Y resuelven, que no; porque no pudiendo el Padre por el pacto, que precedia, privar à ninguna de ellas de la mitad del tercio, y quinto, que cada vna en su virtud avia de percebir, no les podia gravar las partes, que necessariamente les debia, y avian de aver. *Ex leg. Cum patronus, ff. de legat. 2.* ibi: *Cum patronus ex debita parte institutus fideicomissum relictum ab eo præs-*

*præstare non cogatur.* Y assi con el Angulo la explicò el dicho Dom. Larrea en la citada *decis. 36. num. 8. prope finem*, ibi: *Iuxta quod rectè notavit Angul. vbi suprà in dict. leg. 6. Gloss. 2. num. 9. eijs verbis: Ex quo infertur, quod etiam si pater, qui promisit non meliorare filios velet ex post facto æqualiter relinquere tertium, & quintum, vinculata vnius cuiusque æquali parte iuxta formam legis 11. infra, non posset, obstaret enim pactum, ex quo cum non posit suam partem à quovis adimere, neque etiam licebit vinculare; perfecta enim donatio non recipit ex post facto gravamen.*

39. Y assi no fue impropio el que en el caso de la especie referida se explicassen con los expressados terminos, y diessen à entender, que ninguna de las hijas en las partes de tercio, y quinto, que llevaban, se podian considerar mejoradas, para que se les pudiesse poner el gravamen de Vinculo, porque ya se les debia en virtud de el dicho pacto. Pero en los terminos de nuestro pleyto, como tal pacto no huviesse intervenido, y Don Alonso de Guete y Blanca, pudiesse privar à Doña Andrea de Ayora su hija de la parte de tercio, y remaniēte del quinto, que le entregò en dichos Olivares, por la facultad q̃ por las referidas leyes tuvo de poder mejorar en el todo de dicho tercio, y quinto à otra qualquiera de sus hijas, y por la ninguna obligacion, que tuvo al tiempo de la Escriptura de Capitulaciones para prometer los 4500. ducados empleados en bienes raizes, que se avian de vincular, en cuyo lugar se subrogaron los Olivares referidos; es precisso confessar, que en la parte de tercio, y quinto, que en el valor de ellos percibiò la Doña Andrea, fue esta mejorada, y le pudo imponer, como le impuso, el gravamen de Vinculo, y restitucion, en virtud de lo dispuesto por las mismas leyes; y porque *in eo quod plus debito relinquitur gravare quis potest ex leg. Si deportati 7. §. fin. ff. de legat. 3.* Todo lo qual se confirma de la doctrina de nuestro Aguila ad Roxas 1. *part. cap. 7. num. 53.* ibi: *Etiam filijs hoc gravamen impositum substineri debet, si præter legitimam aliquid eijs relinquatur*, y con la que despues trae por los num. 54. 55. 56. y 57.

40. Ni obsta à lo referido el dezir, que para fundarlo hemos tenido respecto solo à el valor, que podia tener el tercio, y quinto de los bienes del Don Alonso de Guete y Blanca, al tiempo de la constitucion de la dote de dicha su hija, sin hazernos cargo de que despues tuvo tales gastos, y contratiempos, y contraxo tantas deudas, que muriò pobre, y aun no dexò bienes suficientes para hazer pago del importe de su dote à Doña Maria de Navas y Collantes su tercera muger, como consta del Testamento de esta, presentado por la Parte de Don Pedro Joseph de Aguayo, y de lo que justificò ante la Justicia sobre lo articulado à la segunda pregunta de su interroga-

rogatorio: y que no pudiera avernos salido tan buena la quenta hecha en este discurso, si atendiessemos à que estaba dispuesto por la *ley* 23. *Taur.* que es la 7. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* que *quando el Padre, ò la madre por contrato entrevivos, ò en otra postrimera voluntad ficieren à alguno de sus hijos, ò descendientes alguna mejora del tercio de sus bienes, que la tal mejora aya consideracion, à lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo, que se hizo dicha mejora.*

41. Porque estas leyes solo hablan de las donaciones, ò mejoras simples, que de tercio, y quinto se hazen à los hijos, ò descendientes por sus Padres, cuyo valor se regula atendiendo al de los bienes, que estos dexaron al tiempo de su muerte. Pero en las mejoras, que se hazen *propter causam*, como fue la hecha por Don Alonso de Guete à su hija Doña Andrea de Ayora, no se debe tener respecto precisamente à lo que valieren los bienes del Padre, ò ascendiente, que las haze al tiempo de su muerte, porque basta para su subsistencia, el que pudiessen tener cabimiento en el valor de los bienes, que el que las hizo tenia al tiempo, que las executò, si se eligiere este por aquel, à cuyo favor se hizieron, *ex leg.* 29. *Taur.* que es la 3. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *Aviendo consideracion al valor de los bienes, del que diò, ò prometiò la dicha dote à el tiempo, que la dicha dote fue constituìda, ò mandada, ò al tiempo de la muerte, del que diò dicha dote, ò la prometiò, do mas quisiere escoger aquel à quien fue la dicha dote prometida, ò mandada: pero en las otras donaciones que se hizieren à los hijos, mandamos, que para se dezir inoficiosas, se aya consideracion, à lo que dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.* Assi tambien lo enseñaron Anton. Gomez *in dict. leg.* 29. *Taur. num.* 35. Angul. *in tract. de meliorat. leg.* 7. *Gloss.* 2. *num.* 5. *&* 6. Azev. *in dict. leg.* 7. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* verb. *Al tiempo de su muerte, num.* 1. Ayor. *de Partit.* 2. *part. quæst.* 20. *num.* 54. *&* 55.

42. Y si aun en el caso, que la persona, à cuyo favor se haze la donacion, ò mejora *propter causam*, no eligiesse alguno de dichos dos tiempos, en conformidad de la facultad que se le dà por las dichas leyes, se atiende à aquel que le fuere mas vtil para su subsistencia, como con el Baeza enseñò el Angul. *dict. num.* 6. ibi: *Cæterum si tempore datæ dotis fuit excessiva, auctis autem patris facultatibus, tempore mortis, reperiatur congrua, substinetur ex illo Text. quia tunc vtilius est marito tempus mortis atendi. Quod sic intelligit Baeza vbi suprà inde inferens, quod si tempore datæ dotis fuit congrua postea autem patris facultates sint diminutæ: dos substinetur, attento tempore datæ dotis, quia tunc vtilius est marito illud inspici ex illa leg.* Siendole à la Doña Andrea de Ayora mas conveniente, para la subsistencia de la mejora, que su Padre le hizo, el tiempo de la constitucion de su dote, por

las

las razones hasta aqui expressadas, se avrà de atender precissamente, y mas quando no se puede dudar, que lo eligiò por el proprio hecho de aver Doña Andrea renunciado la herencia de su Padre, como consta de vno de los Testimonios presentados por la Parte de Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes, por el dicho su vltimo pedimento. De todo lo qual queda evidente, que la mejora hecha por Don Alonso de Guete y Blanca, à Doña Andrea de Ayora su hija, no està resistida por Derecho, ni por esta razon contuvo nulidad.

## §. II.

43. FVe la segunda parte de la conclusion de este Punto, *que aun en el caso negado, que la dicha mejora contuviesse nulidad, no se podia oponer por Don Pedro Ioseph de Aguayo, y demàs Consortes en este pleyto.* Como vno de los motivos, que para fundar la nulidad expressada, se ha alegado por parte de los referidos, sea hallarse resistida por la *ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop.* en quanto por ella se prohibiò, *que ninguno pudiesse dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija, tercio, ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tacita, ni expressamente por ninguna manera de contrato entre vivos*; es precisso para prueba de la segunda parte de la referida conclusion, que ayamos de suponer, sin perjuizio de la verdad, y de lo demàs fundado hasta aqui, que à la referida mejora le obste la prohibicion de dicha ley.

44. Pero sin embargo, como no se pueda dudar, que la ley expressada, y su prohibicion, se induxo en favor de los demàs hijos, hermanos de la mejorada, à fin de que entre todos se dividiessen con igualdad los bienes de sus Padres, como enseñaron el Baeza *de non melior. cap. 2. per totum, & præcipuè num. 29.* Azeved. *in dict. l. 1. tit. 2. lib. 5. Recopil.* verb. *Atenta la desorden.* Matienç. *in eadem leg. Gloss. 4. num. 1.* Juan Gutierr. *lib. 2. Pract. quæst. quæst. 13. per totam*; todavia dezimos, que el dicho Don Pedro Joseph de Aguayo, y demàs Consortes, no pueden oponer la dicha nulidad. Y es la razon legal, porque la nulidad de qualquier acto, solo se puede oponer por aquel, à cuyo favor se induxo, como enseñaron Sperelo *decis. 155. num. 54.* Dom. Castill. *de Aliment. cap. 63. num. 16.* Hermosill. *in leg. 4. tit. 5. part. 5. Gloss. 7. num. 11.* Dom. Salgad. *1. part. Labyr. cap. fin. num. 41.* Dom. Vela, *dissert. 14. num. 34. & ex eijs, & plurimis alijs,* Hontalv. *tom. 1. de Iure supervenienti, quæst. 2. à num. 33.* ibi: *Secundo sciendum est, quod quando nullitas alicuius actus inducitur in favorem alicuius personæ illa sola, & non tertius aliquis, potest nullitate vti.* Cuyas doctrinas, entre otros muchos Textos, tienen por fun-

fundamento especialissimo la ley *Filio præterito* 17. *ff. de iniust. rup. & irrit. fact. testam.* ibi: *Filio præterito, qui fuit in patris potestat e, neque libertates competunt, neque legata præstantur, si præteritus à fratribus partem hæreditatis advocavit: Quod se se bonis patris abstinuit, licèt subtilitas iuris refragari videatur: attamen voluntas Testatoris ex bono, & æquo tuebitur.*

45. Con que no siendo, como no son, los dichos Don Pedro Joseph, y Consortes, hermanos de la dicha Doña Andrea, à cuyo favor se introduxo la nulidad referida, ni trayendo, como no traen, causa de ellos, es precisso confessar, que no pueden oponerla. Y de aqui se reconoce lo poco, que les puede aprovechar vn Testimonio, que tienen presentado por dicha su vltima Peticion, despues de visto este pleyto, por donde consta, que en el año de 1662 al tiempo que Don Pedro Ruiz de Aguayo, marido de la dicha Doña Andrea, principiò Autos ante la Justicia de la Ciudad de Cordova, contra Don Alonso de Gorre su suegro, sobre que le cumpliesse la obligacion, que tenia contraìda por la Escriptura de Capitulaciones matrimoniales, de darle à dicha su hija los 4500. ducados empleados en bienes raizes, que se avian de vincular, no solo se opuso el dicho Don Alonso, alegando aver sido inoficiosa la promessa de dote, que hizo por dicha Escriptura, y las demàs razones, que se refirieron al *num.* 7. sino es que esta misma oposicion, por la propria razon, saliò haziendo el Curador ad litem de sus menores hijos. De cuyo testimonio se vale la parte de dicho Don Pedro Joseph, y Consortes, para manifestar, que la dicha promessa de dote, y mejora, se reclamò por los hermanos de la dicha Doña Andrea. Porque como sea cierto, que las acciones, que à estos les competian contra la dicha promessa de dote, y mejora, en el caso supuesto, de que fuesse nula, è inoficiosa, no han passado à los dichos Don Pedro, y demàs Consortes, por no aver sido estos herederos de aquello, ni tal han dicho en todo el progresso de este pleyto, de nada les puede servir, que dichos hermanos de la Doña Andrea la empezassen à reclamar por medio de su Curador, quando el Don Pedro, y Consortes por representacion de ellas, no son personas legitimas para poder oponer por excepcion dicha nulidad para su vtilidad propia; *quia ex iure alterius fundato alius experirè non potest propter suum interesse, vt cum leg. Si pupili. §. Videamus, ff. de negot. gest. & leg. Quoties. §. Item si temporali, ff. de administrat. tutor.* enseñò Cancer. *lib.* 2. *Variar. cap.* 16. *num.* 125. y con este Dom. Salg. *part.* 4. *Labyr. cap.* 1. *num.* 7. Con lo qual queda fundada la conclusion de este primero Punto en quanto à las dos Partes, que comprehendiò.

PVN-

# PUNTO II.

## *QVE LA MEJORA HECHA POR D. ALONSO de Guete y Blanca à su hija Doña Andrea de Ayora y Guete, no fue nula por dolo que en èl la interviniesse de parte del Don Alonso, ni por lesion enormissima que huviesse padecido la dicha su hija.*

46. OTra de las excepciones opuestas por Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes, contra la accion deducida por parte de Don Pedro Nicolàs, fue, que la mejora hecha por Don Alonso de Guete y Blanca à su hija Doña Andrea de Ayora, assimismo avia sido nula por dolo, que en ella intervino de parte de el Don Alonso, y lesion enormissima, que padeciò la dicha Doña Andrea de Ayora. Y para fundar la excepcion referida, se valieron de dezir, que al tiempo de la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales, tenian ya diferida la Doña Andrea de Ayora su legitima materna, por estar ya entonces muerta Doña Bernabela de Ayora y Mesa su madre; y que el Don Alonso de Guete y Blanca, ademàs de la dote que administraba de la Doña Bernabela su muger, difunta, posseìa muy crecido caudal suyo propio, que se estimaba en mas de 50U. ducados, y assi lo articularon ante la Justicia en la segunda pregunta de su interrogatorio.

47. Y con el motivo de no averse presentado ante el Inferior, ni en la instancia de vista por alguna de las Partes instrumentos que justificassen, qual, ni quanta fuesse la dote de Doña Bernabela de Ayora, ni què caudal era el que Don Alonso de Guete llevò al matrimonio, que con ella contraxo, ni tampoco, que hijos tuvieron en èl, admàs de la dicha Doña Andrea; la Parte de Don Pedro Joseph, y Consortes tuvo ocasion en esta Corte de alegar, que los 50U. y mas ducados, que el Don Alonso tenia al tiempo que dicha Escriptura se otorgò, eran, y se debian reputar por bienes gananciales del dicho matrimonio, y que aviendo sido Doña Andrea de Ayora en èl hija vnica de Doña Bernabela de Ayora, como à su vniversal heredera le tocaban por su legitima materna la mitad de dichos gananciales, que eràn à lo menos 25U. ducados.

48. Sin embargo de que el dicho Don Pedro Joseph, y Consortes tenian dicho ante el Inferior, que era propio de el Don Alonso de Guete el caudal, que posseìa en cantidad de mas de 50U. du-

ducados independiente de la dote, que administraba de la dicha su muger, no fue muy dificil de creer lo que en esta Corte alegaron, y mas quando, *no probandose dote, ni capital alguno de la muger, ni de el marido, en duda se presume el ser todos los bienes multiplicados, y mejorados durante el matrimonio, y se han de partir por medio*, como lo dixo el Ayora *de Partit. part. 3. quæst. 13. num. 41. in fine*, y està dispuesto por la *ley 203. del estilo*, y por la *1. y 2. tit. 9. lib. 5. Recop.*

49. Y en estos terminos parecia evidente el dolo, que se dixo aver intervenido de parte del Don Alonso en la constitucion de la dote, y mejora, que le hizo à la referida su hija: pues siendole deudor de mas de 25ŋ. ducados por razon de su legitima materna, aun atendiendo solo à la mitad de gananciales que le tocaban, como à hija vnica, y heredera vniversal de Doña Bernabela de Ayora su madre, independiente de la accion que tenia à la dote, que esta huviesse llevado al matrimonio, que contraxo con el dicho Don Alonso, se pasò à ofrecerle solamente 11ŋ. ducados, los 6500. en bienes libres, y por quenta, y de sus legitimas paterna, y materna, y los 4500. restantes, que se obligò à dar empleados en bienes raizes, que se avian de vincular en cabeza de la dicha Doña Andrea, y de sus hijos, para cuyo pago entregò despues los dichos seis pedazos de Olivar con el expressado gravamen de Vinculo, y por via de mejora de parte de el tercio, y remaniente del quinto de sus bienes: De forma, que aun no pagandole la mitad de lo que le debia, le gravaba cerca de la mitad, de lo que le ofreciò dar, y consiguientemente no podia quedar duda al parecer, en que la Doña Andrea de Ayora en la constitucion de la dote, y mejora que se le hizo, padeciò vna lesion enormissima, y màs quando, para juzgar si èsta interviene, ò no, la regla es el arbitrio de los Señores Juezes, que lo deben regular, atendiendo à la calidad de las personas, daños, y perjuizios, que se les siguen, y demàs circunstãcias, que en el acto ocurren, como con muchos por la mas verdadera opinion, enseñò Dom. Castill. *lib. 3. Controv. cap. 2. num. 13. 14. y 15. & lib. 4. cap. 18. num. 91.*

50. A esta excepcion en la instancia de vista por parte de Don Pedro Nicolàs de Aguayo solo se replicò, que Doña Andrea de Ayora y Guete intervino al otorgamiento de la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales, en que se le ofrecieron dichos 11ŋ. ducados, los 6500. de ellos en bienes libres por su dote, y por quenta de la legitima paterna, y materna; y los 4500. restantes empleados en bienes raìzes, que se avian de vincular en su cabeza, y de sus hijos, y descendientes: y que aunque entonces era menor de 25. años, avia jurado aver por firme dicha Escriptura, y no se oponer à ella por su menor edad, ni por otra causa, como consta de la clausula de ella, que

se

se insertò al num. 6. y que en fuerça de este juramento no le avia quedado accion para reclamar el gravamen de Vinculo, con que se le ofrecieron los dichos 4500. ducados, y con que se le entregaron despues los seis pedazos de Olivar, porque era efecto propio del dicho juramento darle subsistencia al contrato, quando se hazia por el menor, ex *Authent. Sacramenta puberum, C. si adversus venditionem*, aunque se les siguiesse perjuizio, como no resultasse dispendio de su eterna salud, ni fuesse en detrimento de tercero, *ex cap. Quamvis pactum, de pact. in 6.* lo qual se esforçaba tambien con las doctrinas de Tello Fernand. Anton. Gom. y Juan Gutier. que dexamos citadas al num. 18.

51. Aunque las razones referidas en el num. antecedente, tuviessen la mayor eficacia contra la expressada excepcion opuesta por Don Pedro Joseph, y Consortes, no necessita de ellas la parte de Don Pedro Nicolàs en esta instancia de revista para excluirla, y que se venga en claro conocimiento de la ninguna verdad, que contuvo por los muchos instrumentos, que ha presentado de nuevo, que assi lo persuaden.

52. El primero es la partida de desposorios de Don Alonso de Guete y Blanca, con la dicha Doña Bernabela de Ayora su segunda muger, por la que consta contraxeron matrimonio en la Ciudad de Cordova, de donde eran vezinos, en el dia 31. de Mayo de el año passado de 1632. la que se halla à el fol. 58. de el Rollo de este pleyto.

53. El segundo es vna Escriptura otorgada en dicha Ciudad en el dia 1. de Junio del mismo año, por ante Lucas Muñoz, Escrivano del Numero de ella, por la q̃ consta, que el dicho D. Alonso de Guete y Blanca, recibiò por dote, y caudal propio de la Doña Bernabela de Ayora su legitima muger, diferentes bienes muebles, y alhajas, que segun sus aprecios importaron 16U500. reales de vellon, y le prometiò en arras 200. ducados de oro, que hazian 2600. reales de vellon, y ambas partidas compusieron 19U100. reales de dicha moneda.

54. El tercero ès el Testamento, que en 19. de Agosto del año passado de 1669. otorgò en la misma Ciudad de Cordova el dicho Don Alonso de Guete y Blanca; de que ya hizimos mencion al num. 33. por el qual entre otras cosas declarò, que del segundo matrimonio, que avia contraido con Doña Bernabela de Ayora y Mesa, avia tenido por sus hijos legitimos à Doña Andrea de Ayora, que estava casada con Don Pedro Ruiz de Aguayo, vezino de la Villa de Castro de el Rio, à Doña Catharina, y Doña Bernabela de Ayora, Monjas professas en el Convento de Santa Cruz de dicha Ciu-

dad, las que avian renunciado sus legitimas paterna, y materna, à favor del dicho Don Alonso su Padre.

55. De cuyos instrumentos, contra los que no se halla el mas leve reparo, porque aunque por el Don Pedro Joseph, y Consortes se redarguyeron de falsos civilmente, despues se comprobaron con su citacion, se deducen tres consequencias infalibles. La primera es, ser con el hecho de la verdad el supuesto, que para fundar la referida excepcion se hizo por el dicho Don Pedro Joseph, y Consortes, de aver sido hija vnica, y vniversal heredera de Doña Bernabela de Ayora y Mesa, la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete, muger de Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figueroa.

56. La segunda, que en la misma forma fue contra el hecho de la verdad, que à la referida Doña Andrea de Ayora le huviessen tocado por razon de su legitima materna los 25ȳ. ducados, que dixeron huvo de aver à lo menos en los 50ȳ. y mas, que el Don Alonso de Guete y Blanca posseia, assi al tiempo de la muerte de dicha su segunda muger, como à el del otorgamiento de la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales, por suponerlos, como los supusieron, gananciales. Porque aunque lo fuessen, *en la Ciudad de Cordova, y su Obispado servatur ius commune, que la muger no lleva parte de las ganancias fechas durante el Matrimonio, sino es sus bienes dotales, y parafernales, que traxo al Matrimonio, y todo lo demàs, ora ayan ganancias, ora pèrdidas, es del marido*; como lo afirmò el Ayora *de Partit. in præfactione num. 2. in fine*, y es notorio en este Reyno.

57. La tercera, que constando de la Escriptura de dote de la Doña Bernabela de Ayora y Mesa, que su dote, y arras importaron solo los dichos 19ȳ100. reales, y no aviendose justificado por parte de Don Pedro Joseph, y Consortes, que esta tuviesse otro algun caudal, ni herencia durante su Matrimonio, le vinieron à tocar à la Doña Andrea de Ayora como vna de tres hijas, y herederas de dicha Doña Bernabela, por razon de su legitima materna, solo *6366.* reales, y 22. maravedis de vellon, que son la tercera parte del importo de la dote, y arras de dicha su madre.

58. Ni obsta à lo referido el dezir, que aviendo despues de muerta Doña Bernabela de Ayora y Mesa, passado à terceras nuncias Don Alonso de Guete y Blanca con Doña Maria de Navas y Collantes, en conformidad de lo dispuesto por la *ley 15. de Toro*, era obligado à reservar à la dicha Doña Andrea su hija las otras dos partes del importo de dicha dote, y arras, que huvo, y heredò de las referidas Doña Cathatina, y Doña Bernabela de Ayora, hermanas enteras de la Doña Andrea, y Monjas professas en el dicho Convento de Santa Cruz. Porque ademàs de ser cierto, y constar del referido

do Teſtamento, que el Don Alonſo de Guete y Blanca, diò à dichas ſus dos hijas las dotes que neceſsitaron,è hizo los demàs gaſtos preciſſos, para que entraſſen Religioſas, y profeſſaſſen en el referido Convento, à lo que no pudieron equivaler las porciones, que las ſuſodichas huvieron de aver por razon de ſu legitima materna, es notoria la limitacion, que tiene la referida ley en el caſo de que los Padres heredan à ſus hijos, y llegan à poſſeer los bienes, que eſtos huvieron de ſu madre, por diſpoſicion de ellos, como le ſucediò à el Don Alonſo de Guete, à cuyo favor renunciaron ſus legitimas paterna, y materna las dichas Religioſas. *Vt ex Authent. ex Teſtamento, C. de ſecundis nuptijs*, defendiò el Anton. Gomez *in eadem leg.* 15. *Taur. num.* 2.

59. De lo dicho haſta aqui ſe infiere legitimamente, que en los 6500. ducados que por la Eſcriptura de Capitulaciones Matrimoniales de 4. de Frebero de 1651. le ofreciò en bienes libres à Doña Andrea de Ayora y Guete, Don Alonſo de Guete y Blanca ſu Padre, por quenta de la legitima paterna, y materna, cuya cautidad integramente cobrò Don Pedro Ruiz de Aguayo y Figueroa, marido de la dicha Doña Andrea, como conſta de otras dos Eſcripturas otorgadas en los dias 6. y 15. del dicho mes, y año, que en eſta inſtancia ſe han preſentado por parte de Don Pedro Nicolàs, no tan ſolamente le ſatisfizo ſin carga, ni gravamen los 6366. reales, y 22. maravedis de vellon; que era el todo del importe de ſu legitima materna, ſino es que percibiò, y huvo demàs, por quenta de la paterna en la dicha cantidad 65U133. reales, y 14. maravedis.

60. Y en eſtos terminos, por cierto que deſſeatamos comprehender el medio por donde la parte del dicho Don Pedro Joſeph, y Conſortes pueden fundar la leſion enormiſsima, que tienen alegado intervino en la conſtitucion de dote, y mejora hecha à Doña Andrea de Ayora y Guete, por razon del gravamen de Vinculo, con que ofreciò darle los 4500. ducados Don Alonſo de Guete ſu Padre, y con que deſpues le entregò los Olivares, ſobre que es eſte pleyto, pues con evidencia reſulta de los inſtrumentos referidos, que de ningun modo pudo el dicho gravamen recaer en la legitima materna, que tenia diferida, que es el fundamento vnico, que ſe alegò por los ſuſodichos para oponer la referida excepcion.

61. Convencidos ſin duda de la eficacia de los inſtrumentos preſentados por parte de Don Pedro Nicolàs de Aguayo, que quedan referidos en la vltima peticion, que con diferentes teſtimonios preſentaron en el Real Acuerdo deſpues de viſto eſte pleyto, paſſaron à expreſſar, que los 11U. ducados, que por la dicha Eſcriptura de Capitulaciones Matrimoniales, ſe le ofrecieron à Doña Andrea

de

de Ayora por ſu Padre Don Alonſo de Guete, pudieron tener cabimiẽto en ſus legitimas; con cuya expreſsion parece dàn à entender, que con el gravamen de Vinculo, con que ofreciò los 4500. ducados, quando no le perjudicaſſe en la legitima materna, que tenia diferida, à lo menos le gravò en lo que por razon de la paterna pudo aver la ſuſodicha al tiempo que dicha dote ſe le conſtituyò.

62. Y para que no quede el mas leve eſcrupulo de la inveroſimilitud, que tiene la dicha expreſsion, es preciſſo hazernos cargo, que el caudal, que por el referido tiempo poſſeìa el dicho Don Alonſo, eran 50ʒ. ducados, como haſta aqui ſe ha dicho, que es la cantidad, que apunto fixo ſe articulò por Don Pedro Joſeph, y Conſortes en ſu Interrogatorio, de la qual rebaxandoſe 256ʒ666. reales de vellon, que es el importo del tercio, y quinto del dicho caudal, vino à quedar de ella por legitima neceſſaria para las demàs hijas del dicho Don Alonſo 293ʒ334. reales de vellon, en los que à cada vna de ſiete que fueron ſus vniverſales herederas, como ſe refiriò al num. 33. viniero à tocarle 41ʒ905. reales de vellon; con q̃ en los 65ʒ133. reales, y 14. maravedis, que ſe le entregaron à la Doña Andrea para pago de ſu legitima paterna, como ſe dixo al num. 59. no tan ſolamente ſe le hizo integro pago de lo que importaba al tiempo que ſe le conſtituyò dicha dote, ſino es que llevò demàs en bienes libres independientes de los 4500. ducados, q̃ ſe le ofrecieron vincular, 23ʒ228. reales de vellon, à los que ſe llegan otros dos mil ducados, que ſe le dieron durante ſu matrimonio con Don Pedro Ruiz de Aguayo en diſtintas ocaſiones, por Don Alonſo de Guete ſu Padre, como conſta de la declaracion, que eſte hizo por ſu Teſtamento.

63. Y aſsi queda en el todo excluìda la excepcion de leſion opueſta por Don Pedro Joſeph, y Conſortes, y probada con evidencia la concluſion, que propuſimos en eſte ſegundo Punto.



PVN-

# PUNTO III.

*QVE LOS SEIS PEDAZOS DE OLIVAR, que se comprehendieron en la mejora hecha por Don Alonso de Guete y Blanca, à Doña Andrea de Ayora su hija, no los posseyò esta, ni Don Pedro Ruiz de Aguayo su marido como libres: y que aunque por muerte de la Doña Andrea, como bienes libres, huviessen entrado à posseerlos Don Pedro Joseph, y Doña Cathalina Rosa de Aguayo, como sus hijos, y herederos, no pueden en virtud de este titulo elidir la accion deducida por D. Pedro Nicolàs de Aguayo, ni ser manutenidos en la posses-sion de ellos.*

## §. I.

64. LA tercera excepcion, que por parte de Don Pedro Joseph y Consortes, se ha opuesto en este pleyto, es dezirse, que los seis pedazos de Olivar, que por via de mejora de parte del tercio, y remaniẽte del quinto, le entregò D. Alonso de Guete y Blanca, à su hija Doña Andrea de Ayora y Guete, los posseyò esta, y D. Pedro Ruiz de Aguayo su marido, como bienes libres: y que por muerte del dicho D. Pedro Ruiz de Aguayo, y de Doña Andrea de Ayora su muger, entraron à posseerlos en la misma forma, Don Pedro Joseph, y Doña Catharina Rosa de Aguayo, como sus hijos, y herederos.

65. Para justificacion de la primera parte de la excepcion referida, se han presentado por el Don Pedro Joseph, y Consortes, assi ante el Inferior como en la instancia de vista, diferentes instrumentos. El primero es vna Escriptura, que en 28. de Noviembre de 669. se otorgò en Castro del Rio, por Don Pedro Ruiz de Aguayo: haze en ella relacion, de que Jacinto de Dios, y Ana de la Blanca su muger, vendieron à Don Alonso de Guete y Blanca vn pedazo de Olivar de 116. pies en el Cerro del Allozo, por libre de censo; y que despues el Don Alonso de Guete y Blanca se lo diò en dote, à Doña Andrea de Ayora su hija, por libre de todo gravamen; y respecto de que despues avia resultado, que sobre èl estava vn censo de 21ʒ. maravedis de principal, impuesto por los dichos Jacinto de Dios, y su muger en 4. de Julio de 1641. à favor del Hospital de San Juan de Letràn, y Cofradia de la Limpia, y Pura Concepcion de dicha Vi-

lla, por cuya Parte se avian seguido Autos executivos, sobre la cobrança de los reditos de dicho censo, contra el dicho pedazo de Olivar, el que se avia vendido judicialmente por la Justicia de dicha Villa, à Alonso de Cuenca vezino de ella: en cuyo estado el Don Pedro Ruiz de Aguayo, despossëido del dicho Olivar, avia seguido Autos contra el Jacinto de Dios, y Ana de Blanca su muger, sobre que le hizieran buena la venta de dicho Olivar, ò le dieran los dichos 21ЏЈ. maravedis de principal de dicho censo, y las costas, que avia gastado: Y porquanto la dicha Ana Blanca considerando ser justa la pretension del Don Pedro, le diò, y pagò los 21ЏЈ. maravedis de principal del censo referido, con condiciò de que lo reconociesse, y pagasse sus corridos. Y para poderlo hazer el dicho Don Pedro Ruiz, avia comprado del Alonso de Cuenca el expressado pedazo de Olivar, con el cargo del dicho censo, y lo estava posseyendo, y por Parte del dicho Hospital, y Cofradia, se le avia pedido lo reconociera, por dicha Escriptura lo reconociò con efecto, y se obligò à la paga de sus corridos, en conformidad de su imposicion.

66. La relacion de este instrumento, de que el Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes pretenden valerse para prueba de la excepcion, que tienen alegada, no les puede en ningun modo aprovechar. Lo primero, porque aunque sea cierto, que el D. Alonso de Guete entregò à Doña Andrea de Ayora su hija el dicho pedazo de Olivar, con los otros cinco sobre que es este pleyto, por la Escriptura de transaccion del año de 662. por libres de todo gravamẽ, como se refiriò al num. 8. de esta Alegacion, no se opone esto à que por la misma Escriptura se los gravasse, como se los gravò con la carga de Vinculo, y Mayorazgo.

67. Lo segundo, porque lo demàs de la relacion de dicha Escriptura de reconocimiento, es totalmente inverosimil; porque si fuera cierto, que por los reditos del censo, que en ella se enuncia, se avian seguido Autos executivos contra el dicho pedazo de Olivar, y que de èl se avia despojado à Pedro Ruiz de de Aguayo, y se avia vendido judicialmente à Don Alonso de Cuenca, no se huviera contentado, como se contentò el dicho Don Pedro, con el pago de los 21ЏЈ. maravedis de principal del dicho censo, que se le hizo con la condicion, de que lo reconociesse, y pagasse sus reditos por Ana de Blanca, quien se lo vendiò sin el dicho gravamen; ni por esta cantidad sola avia de perder el mas valor, que era precisso tuviesse el expressado Olivar, y se huviesse dado por èl, quando se comprò por el Don Alonso de Guete; ni tampoco despues de la distraccion, y venta judicial, si con efecto se huviera hecho al Alonso de Cuenca, huviera buelto à comprarlo à este de nuevo el Don Pedro



Ruiz

Ruiz para reconocer, comó reconociò el censo referido, y pagar sus reditos. Y si dicha relacion contiene tanta repugnancia, è inverosimilitud, es precisso se aya de tener por falsa, ex Augu. Barbos. *Axiom. Iuris; axiom.223. num. 6. & in repert. pract. concl. lit. V.* verbo *Verisimile*. Et ex Farinac. *cons. 60. num. 31.*

68. Y assi por el mismo hecho de aver estado el Don Pedro Ruiz de Aguayo en la possession de dicho pedazo de Olivar antes que contra èl se siguiessen los Autos executivos, y se hiziesse la venta judicial à Alonso de Cuenca, que se relaciona en dicha Escriptura de reconocimiento, y aver continuado en su possession despues de ella, es precisso que se aya de confessar dicha venta supuesta, y simulada: *Quoniam quando cedens, donans, aut vendens rem, si insuper in possessione eiusdem remanet, cessante iusta causa, simulationis, inditium, & præsumptio vrget, ad copiose traddita per Farinac. de simulat. quæst. 162. part. 6. à num. 228. & multis seqq.* Doctrina con que Dom. Salg. *part. 1. Labyr. cap. 1. num. 18.* acredita de supuesta, y simulada la dimission, y cession de bienes, aun quando se haze judicialmente por el deudor.

69. Con lo qual concurre, que siendo toda la narrativa de dicha Escriptura de reconocimiento, referente à los Autos executivos seguidos por Parte de dicho Hospital, y Cofradia, venta judicial, que à su pedimento se dize averle hecho à Alonso de Cuenca, y à los otros de eviccion, que se enuncia aver intentado el Don Pedro Ruiz contra Jacinto de Dios, y su muger, y nueva compra, que se dize aver hecho al Alonso de Cuenca de el dicho pedazo de Olivar: no aviendose presentado nada de esto, no puede hazer prueba, ni merecen fee alguna. *Ex Authent. si quis in aliquo ducumento, C. de edendo*, ibi: *Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti: nulla ex hac memoria fiat exactio, nisi aliud documentum, cuius memoria in secundo facta est proferatur.* Y mas quando la dicha narrativa fue vn acto meramente voluntario de Don Pedro Ruiz de Aguayo, possedor de el Vinculo fundado en cabeza de su muger, con el que no puede perjudicar à los demàs successores. Ex Dom. Molina *de Primog. lib. 4. cap. 9. num. 10.*

70. El segundo instrumento, fue vn Testimonio de vna Clausula del Testamento baxo cuya disposicion muriò el dicho Don Pedro Ruiz, que se otorgò por el año passado de 693. por la qual declarò, que avria 42. años, que casò con Doña Andrea de Ayora, y que esta llevò à su poder por su dote 11ꝟ. ducados, como constaria de la Escriptura, que sobre ello se otorgò: Que avian tenido seis hijos, cuyos nombres và expressando; y respecto de no hallarse con medios de poder dar satisfaccion à su muger de dicha su dote, ni para

pa-

pagar 2243. reales, que importaron distintas partidas, que expressò deber à diferentes personas, juntamente con algunas fanegas de grano, y otras especies, pidiò à Don Diego Ruiz de Aguayo su hijo, como successor en los Mayorazgos, que posseìa, que en atencion à las muchas obligaciones que le debia, por averle tenido desde que tomò estado en su casa, y à su muger, hijos, suegra, tia, y cuñada, sustentandoles de todo lo necessario, que atendiesse mucho à dicha su madre, y hermanos, y le encargò de todas las dichas deudas, para que en la mejor forma, que pudiesse, diera de ellas satisfaccion, porque assi era su voluntad.

71. Siendo como es cierto, que por muerte de Don Pedro Ruiz quedaron los seis pedazos de Olivar, que se litigan, aun del mismo referido instrumento, de que las contrarias se valen, para prueba de que los posseyò como libres, se saca vn argumento eficàz, de que los tuvo, y se reputaron siempre por vinculados, pues no consta, que ninguno de ellos se distraxesse para el gasto de su funeral, y Missas, ni que su muger pretendiesse se le entregassen en quenta, y parte de pago de dicha su dote, y mucho menos, el que por alguno de dichos acreedores se procediesse contra ellos, para que se les diesse satisfaccion de lo que se le debia, ni que nada de esto se mandasse por el Don Pedro Ruiz, y aunque encargò à su hijo mayor, como successor en sus Mayorazgos, diesse satisfaccion à todos ellos, como ya se ha referido; lo que hizo fue, renunciar la herencia de su Padre, por relevarse de dicho encargo.

72. El tercero instrumento es el Testamento, que en 20. de Septiembre de 710. se otorgò por la dicha Doña Andrea de Ayora y Guete, por el qual entre otras cosas declara, que al tiempo q̃ casò con D. Pedro Ruiz de Aguayo, llevò en dote 6ꝟ. ducados en contado, y q̃ Don Alonso de Guete su Padre se avia obligado à darle 5ꝟ. ducados à cierto plazo, y que passado este, se avia pretendido cobrarlos judicialmente: Y que por quitarse de pleytos los dichos Don Pedro, y Don Alonso se compusieron, en que dando el referido Don Alonso seis pedazos de Olivar, quedasse satisfecha dicha deuda, que avia quedado reducida à 4500. ducados; con condicion, que dichos Olivares se avian de agregar al Mayorazgo, que posseìa el dicho Don Pedro su marido, en lo qual se avia convenido este.

73. Y prosigue diziendo: *Y porque todo lo referido puede ser hecho en grave detrimento de los demàs mis hijos, y del dicho mi marido, porque al tiempo que se efectuò el pago de los 4500. ducados en dichos seis pedazos de Olivar, teniamos ya quatro, ò cinco hijos, por cuya razon hago aora esta declaracion reservandoles sus derechos, para que sobre lo referido, si tuvieren alguno, lo deduzcan: pidiendoles yo, como lo ha-*

*hagò se convengan entre si escusandose de pleytos sobre esta materia, de la qual no hiziera memoria alguna, y solo la hago por el estimulo de mi conciencia, y beneficio espiritual, y temporal de todos, y cada vno de mis hijos.*

74. Con esta Clausula el Don Pedro Joseph, y Consortes tienen alegado, que la Doña Andrea de Ayora manifiestamente reclamò el gravamen de Vinculo, con que por el Don Alonso su Padre se le entregaron dichos seis pedazos de Olivar en pago de los 4500. ducados, que le ofreciò dar empleados en bienes raìzes, que se avian de vincular: y que su animo fue el posseerlos como libres, y que sus hijos no quedassen perjudicados con dicho gravamen.

75. Pero aun en el caso negado, que esto se pudiesse deducir de la Clausula referida, todavia dezimos, que los dichos Olivares quedaron afectos al expressado Vinculo, sin que el dissenso de la Doña Andrea pudiesse ser bastante, para que en ellos no subsistiesse el dicho gravamen. Lo primero, porque tenemos demostrado con evidencia desde el num. 51. hasta el final del segundo Punto de esta Alegacion, que el gravamen de Vinculo, con que se le ofrecieron à la Doña Andrea los 4500. ducados, y con que despues se le entregaron los dichos Olivares, no recayò, ni pudo recaer en el importe de sus legitimas paterna, y materna, sino es en alguna parte de lo que à la referida le podia tocar del tercio, y remaniente del quinto de los bienes, q̃ su Padre tenia à el tiempo que se los ofreciò, en la que se le debia reputar mejorada, como fundamos desde el num. 32. y, quando el padre, ò la madre mejora à alguno de sus hijos, ò descendientes, tiene facultad por las leyes de estos Reynos para imponerles el gravamen que quisiere, y fuere su voluntad. *Ex leg. 27. Taur. ex leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop.*

76. Lo segundo, porque consta, que la Doña Andrea de Ayora consintiò el gravamen de Vinculo, con que se le ofrecieron los dichos 4500. ducados por la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales del año de 651. por el mismo hecho de aver jurado, averla por firme, y no ir contra ella, como diximos en los num. 17. y 18. y con que se le entregaron los dichos Olivares por la del año de 662. por aver entrado à posseerlos en su virtud, como fundamos desde el num. 19. Y como sea cierto, que por la aceptacion de aquel à quien se haze la donacion, ò se llama à la succesion del Mayorazgo en primero lugar, se adquiere derecho irrevocable à los demàs llamados en los grados siguientes, *vt latissimè probat* Mieres *de Maiorat. 1. part. quæst. 24. per totam.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 2. num. 75. vers. In secundo.* DD. Addent. ibi Hermos. *in leg. 7. tit. 4. part. 5. Gloss. 4. num. 15. & 16.* Cevallos *com. contra com. quæst.*

249. *num.* 3. *&* 4. *& quæst.* 383. *num.* 10. *&* 11. Ioanes Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæst. quæst.* 52. *num.* 4. Avend. *de Exequend. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 5. verſ. *Et dicta aceptatio.* Angul. *de Meliorat. in leg.* 1. *Gloſſ.* 8. *num.* 21. *& plures alij ab his citati.* Se ſigue por neceſſaria conſequencia, que el diſſenſó de la Doña Andrea de Ayòra, no le pudo perjudicar à ſu hijo mayor, que tambien tenia aceptada dicha mejora; como fundamos deſde el num. 24. ni à los hijos, y deſcendientes de eſte, à quienes ya eſtava adquirido derecho irrevocable, *ex vulgari regula iuris, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro in alium transferri nos poteſt.*

77. Y no pudiendoſe dudar, que conforme à derecho, la calidad de toda poſſeſsion ſe regula por la naturaleza de el titulo, preambulo en cuya virtud ſe adquiere. *Ex Gloſſ. in leg. Quædã mulier. ff. de rei vendicat.* Mieres *de Maiorat.* 1. *part. quæſt.* 33. *num.* 34. ibi: *Et poſſeſsio præſumitur ſemper cõtinuata ſecundum titulum.* Auguſt. de Barb. *in Collectan. ad leg. Illud quod* 16. *C. de Sacroſanctis Eccleſ. num.* 21. ibi: *Quia poſſeſsio ſubſequuta inteligitur ſemper ex titulo præambulo donationis.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 2. *præſumpt.* 74. *n.* 11. *& ex alijs citatis à dicto* Auguſt. Barboſ. *ubi ſuprà.* No aviendo tenido los dichos Don Pedro Ruiz de Aguayo, y Doña Andrea de Ayora ſu muger otro alguno, en cuya virtud entraſſen en la poſſeſsion de los referidos ſeis pedazos de Olivar, que las dichas dos Eſcripturas de los años de 651. y 662. por las que ſe les entregaron vinculados, y ſugetos à Mayorazgo, neceſſariamente ſe ha de confeſſar, que no los poſſeyeron como libres, que es la primera parte de la concluſion de eſte Punto.

## §. II.

78. LA ſegunda, que comprehende, la que en èl ſe propuſo fue, *que aunque por muerte de la dicha Doña Andrea de Ayora, como libres huvieſſen entrado à poſſeerlos Don Pedro Joſeph, y Doña Catharina Roſa de Aguayo como ſus hijos, y herederos; en virtud de eſte titulo, no pueden elidir la accion deducida por Don Pedro Nicolàs, ni ſer manutenidos en la dicha poſſeſsion.* Eſtà prevenido por la *ley* 45. *de Toro,* que es la 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* *que las coſas que ſon de Mayorazgo, agora ſean Villas, ò Fortalezas, ò de otra qualquier calidad que ſean, muerto el Tenedor de el Mayorazgo, ſin otro acto de aprehenſion ſe traſpaſſe la poſſeſsion civil, y natural en el ſiguiente en grado, que ſegun la diſpoſicion del Mayorazgo, debiere ſucceder en èl, aunque aya otro tomado la poſſeſsion de ellas en vida del Tenedor del Mayorazgo, ò el muerto, ò el dicho Tenedor le aya dado la poſſeſsion de ellas.*

Avien-

79. Aviendo Don Pedro Nicolàs deducido el remedio de esta ley, y el de *la fin. C. de edicto Divi Adriani tollend.* que tambien le compete, como quedò fundado al num. 27. para que en su virtud se le diesse la possession Real, y actual de dichos Olivares, conociendo la parte de Don Pedro Joseph, y Consortes, que no se la podian embarazar, conforme à lo dispuesto por dichas leyes, por ser el siguiente en grado, que debia succeder, segun la donacion, y mejora, que de ellos se hizo à Doña Andrea de Ayora, aunque huviessen tomado la possession en vida de Don Diego Ruiz de Aguayo, ò muerto este; para conseguirlo, y acreditarse de contradictores legitimos, que son solo los que pueden suspender el efecto de la accion, que por dichas leyes se concede. *Ex dict. leg. fin. C. de edicto Divi Adrian. tollend.* ibi: *Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in iudicio competenti causæ in possessionem missionis, & subsequutæ contradictionis ventilentur.* Tomaron el pretexto de dezir, que estavan posseyendo pro indiviso los referidos seis pedazos de Olivar como bienes libres, y que assi los avian posseìdo desde la muerte de la dicha Doña Andrea su madre, como sus hijos, y herederos.

80. Para prueba de esto presentaron el Testamento, que otorgò la Doña Andrea de Ayora, por el que consta, que hizo mejora del tercio, y remaniente de el quinto de todos sus bienes à Don Pedro Joseph Ruiz de Aguayo su hijo, à el qual, y à D. Diego Ruiz, Padre del Don Pedro Nicolàs, y à Doña Rosa de Aguayo, instituyò por sus vniversales herederos, expressando no llamar à la succession de dichos sus bienes à otras tres sus hijas, y de Don Pedro Ruiz de Aguayo su marido, por ser Religiosas, y aver renunciado la herencia de sus bienes, contentandose con las dotes, que cada vna avia llevado.

81. No se pudo aver elegido por Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes medio mas proporcionado, para acreditar de injusta su contradiccion, que el aver salido haziendola por dezir hallarse en la possession de dichos Olivares, como hijos, descendientes, y herederos de Doña Andrea de Ayora. Porque como tales, no pueden impugnar, ni ir contra el hecho, y consentimiento de la referida; *ex leg. Cum à matre* 24. *C. de rei vendicat. & ex leg. Ex qua persona, ff. de diversis reg. iuris,* ibi: *Ex qua persona quis lucrum capit eius factum præstare debet.* Et ex Dom. Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 1. num. 16.* Y si el hecho, y consentimiento de la dicha Doña Andrea en fuerça de el que prestò en la Escriptura de Capitulaciones Matrimoniales del año de 651. como se fundò desde el num. 17. y de la aceptacion, que hizo de la Escriptura del año de 662. que fundamos desde el num. 19. fue, el que dichos Olivares se tuviessen por vinculados

lados en su cabeza, y que por su muerte la possession de ellos, como bienes afectos al dicho gravamen, passasse à sus hijos, y descendientes legitimos con preferencia del mayor al menor, y del varon à la hembra; no es dudable, que à el dicho Don Pedro Joseph, y Consortes les està excluyendo el titulo de tales herederos, en cuya virtud dizen, aver estado posseyendo dos referidos Olivares, la manutencion, que han pretendido, y que no le pueden embarazar al Don Pedro Nicolàs la possession, que tiene pedida de ellos por ser como es el hijo mayor varon legitimo de Don Diego Ruiz de Aguayo, quien lo fue de dicha Doña Andrea.

82. Ni à lo referido puede obstar, el que por la misma *ley fin. C. de edicto Divi Adrian. tollend.* estè dispuesto, el que los efectos del remedio, que por ella se concede al successor, y heredero instituido en el Testamento, se ayan de suspender siempre que aya contradictor legitimo, ibi: *Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in iudicio competenti causæ in possessionem missionis, & subsequtæ contradictionis ventilentur.* Porque ademàs de hallarse intrincadamente controvertido entre los A.A. quien en los terminos de dicha ley, se aya de tener por legitimo contradictor, ex traditis à Dom. Castill. *lib. 3. Controvers. cap. 24. ex num. 144. & seqq.* por el mismo hecho de aver manifestado el dicho Don Pedro Joseph, y Consortes titulo, que no puede prevalecer contra el Don Pedro Nicolàs, ni en su virtud obtener en el juizio de propriedad, por el notorio defecto de dominio, que del consta tienen en los dichos Olivares, aun en el caso negado, que tuviessen justificado estar en la possession de ellos desde la muerte de Doña Andrea de Ayora, no pueden, ni deben ser manutenidos en ella.

83. Porque como dixo August. Barbos. *in lib. 3. de Vot. decissiv. voto 106. à num. 64. vsque ad 68. Stante positivo, notorio, & palpabili defectu Iuris quoad titulum, ex latè tradditis in primo articulo, insurgit etiam omnimodus defectus possessionis, quæ est de essentia, & substantia manutentionis, & fundamentale illius requisitum :::: licet enim nihil commune habeat proprietas cum possessione ex leg. Naturaliter, §. Nihil commune, ff. de acquirend. posses. attamen, quando evidenter constat de non iure, tunc proprietas observet in se possessionem, taliter quod omninò remaneat resoluta :::: Non obstat, quod etiam intruso, prædoni, & iniusto detentatori detur manutentio ad limites possessionis, ex quo in hoc iudicio summarissimo non agitur de iustitia, vel iniustitia possessionis, prout de iure, quod pertinet ad plenarium possessorium; sed de mera rei insistentia, & detentatione facti prout de factò, quo casu non solet denegari manutentio :::: Etiamsi possessio sit asinina, vestialis, seù asinaria, vt dicunt Doctores :::: Quia conclusiones istæ procedunt, quando*

do

*do positivè non constat de non iure, seù defectu proprietatis :::: Cæterum vbi, notoriè, positivè, & evidenter (prout in casu nostro) constat de defectu dominij, seù de improbitate, & vitio possessionis, tunc non est danda manutentio, sed imo possessio talis, qualis est revocanda :::: Leges enim, & Sacri Canones non intendunt tueri vitiosum possessorem:::: aliàs, si aliquis in possessione etiam iniusta defenderetur, daretur ocasio delinquendi :::: Via calumnijs patefieret, temerarij faberentur litigatores, & notoria fieret iniustitia.* Cuya doctrina por todos los referidos numeros và autorizando con muchos Textos, decissiones, y Autores, que se pueden vèr, y se han omitido solo por la brevedad.

84. Y por las mismas razones, que el Agustin Barbosa expressa en el lugar citado, siempre que en qualquiera juizio, aunque possessorio, se ayan opuesto las excepciones, y executado las defensas mismas, que se podian hazer, y corresponden à el declaratorio (como es manifestar el titulo, ò titulos, y tratar de sus meritos) si consta del notorio defecto, que à la propiedad tiene, aquel que se hallare en la possession, es sentencia de Gonçal. *in Regul. 8. Chancell. Gloss. 1. §. 5. num. 96.* Sarmient. *lib. 2. Select. cap. 13. num. 5.* Gutierr. *cons. 6. num.* 12. Dom. Solorç. *tom. 2. de Gubernat. Indiar. lib. 2. cap. 29. num.* 8. Balmased. *de Collect. quæst. 36. num.* 2. que no se le debe manutener en la dicha possession, y que pecan gravemente los Juezes, que hizieren lo contrario, y estàn obligados en conciencia à la restitucion de las costas, y gastos, que se le causaren à aquel à quien se le reservare su derecho para el juizio de la Propiedad. Por cuyos fundamentos parece consiguiente, que aunque por muerte de Doña Andrea de Ayora huviessen entrado à posseer como libres los dichos pedazos de Olivar Don Pedro Joseph, y Consortes, como sus hijos, y herederos, en virtud de este titulo, no pueden elidir la accion deducida por Don Pedro Nicolàs, ni ser manutenidos en dicha possession, que es la segunda parte de la Conclusion, que se propuso.



# PUNTO IV.

## *QVE EL VINCVLO, QVE POR DICHA MEJORA fundò de los referidos seis pedazos de Olivar Don Alonso de Guete y Blanca en cabeza de Doña Andrea de Ayora, y de sus hijos, y descendientes legitimos, no es, ni se puede tener por agregacion hecha al Vinculo fundado por Hernando de la Blanca el viejo, hasta que falten las personas llamadas por el dicho Don Alonso, y demàs que tengan llamamiento legal para la succession de su Vinculo.*

85. COnsta de Testimonio presentado en esta Corte por parte de Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes, que Hernando de la Blanca el Viejo, vezino que fue de la Villa de Castro del Rio, otorgò su Testamento baxo cuya disposicion al parecer muriò en 27. de Junio del año passado de 1610. Por vna de sus Clausulas dixo en esta forma:

86. *Item digo, que yo he tenido en mi casa à Catharina Fernandez mi sobrina, hija de Marina de Blanca mi hermana, y de Bartholomè Ximenez su marido defunto, la qual me ha servido, y regalado 14. años ha que està en ella, en mi vejez, y enfermedades; por lo qual, y por la buena voluntad, que le tengo, y por entero pago del servicio, que me ha hecho en dicho tiempo, le mando vnas casas en esta Villa dentro de lo cercado, que alindan con Casas mias, que dexo mandadas al dicho Hernando de Blanca mi sobrino, y Casas de Mariana de Cuenca, vezina de esta Villa, y dos pedazos de Olivar en el Termino de esta Villa, el vno de 70. pies en el pago de San Marcos, que alindan con Olivar de los herederos de Martin de Elias, y con Haza de tierra de la Iglesia; y el otro pedazo de Olivar, que se dize el herial, en el Cerro del Alloso de 60. pies de Olivos, poco mas, ò menos, y alinda con Olivar del Capitan, y con Olivar de Nuflo Martin, y de su hermano Martin Lopez Nuflo, que las dichas Heredades, Casas, y Olivares estàn libres de censo, y de tributo, y de otra hypoteca, y caso que estèn obligadas, ò hypotecadas à algun censo, de los que yo tengo, las dexo libres, y sin gravamen: los quales dichos dos pedazos de Olivar, y Casas, la dicha Catharina Ximenaz goze, y se aproveche de ellos todos los dias de su vida, y en fin de ellos lo dexe à qualquiera de sus nietos, que quisiere, y nombrare por su Testamento, y assi cada vno de los successores vayan nombrando successores en las dichas casas, y Olivares; y caso que algun posseedor muriere sin nombrarle, succeda*

*ceda su hijo, ò parient e mas propinquo, y esta orden se tenga para siem-*
*pre jamàs, con tal gravamen, que las dichas casas, y Olivares la dicha*
*Catharina Ximenez, y los demàs posseedores, que en ella succedieren, no*
*las puedan vender, empeñar, ni en manera alguna enagenar, y sean obli-*
*gados à tener dichas casas, y Olivares bien labradas, y reparados de to-*
*do lo que tuvieren necessidad; y en caso que falte succession, y descenden-*
*cia de la dicha Catharina Ximenez, vengan dichas possessiones, y casas*
*al dicho Vinculo. Y es declaracion, y declaro, que el successor que por*
*tiempo huviere de ser en las dichas possessiones por descendencia de la di-*
*cha Catharina Ximenez, ha de ser de mi linage el que assi se nombrare*
*por qualquiera de los successores, y huviere de succeder por no aver nom-*
*bramiento.*

87. Consta, que por vna de las Clausulas del Testamento
baxo cuya disposicion muriò Doña Andrea de Ayora y Guete, di-
xo, que le avia nombrado por successora en el dicho Vinculo, Doña
Maria Gutierrez de Guete, y que en fuerça del dicho nombramien-
to, lo avia posseìdo, y gozado; y respecto de que por la fundacion se
le concedia facultad para nombrar successor, vsando de ella nombrò
à Doña Rosa de Aguayo su hija.

88. Por peticion, que en 13. de Enero del año passado de
730. se presentò en esta Corte por parte de Don Pedro Joseph de
Aguayo, en que pretendiò la revocacion de la sentécia de la Justicia,
vno de los fundamentos, que para ello alegò, fue dezir, que era pos-
seedor del Vinculo fundado por Hernando de la Blanca; que avia
posseìdo Doña Maria Gutierrez de Guete, y por muerte de esta, la
dicha Doña Andrea de Ayora y Guete, y que siendolo, aun en el
caso, que los Olivares que se litigan, se contemplassen vinculados,
debia ser posseedor de ellos, por averlos agregado Don Alonso de
Guete y Blanca à el Vinculo de Hernando de la Blanca el Viejo, que
estava posseyendo.

89. Para justificacion de esta excepcion, que nuevamen-
te se opuso por el susodicho, se presentò Testimonio de vn nombra-
miento, que en 10. de Junio de el año passado de 717. se hizo, por
Doña Rosa de Aguayo, Monja Novicia en el Convento de Señor
San Antonio de la Villa de Priego, en que declara, *es posseedora del*
*Vinculo, que en la Villa de Castro del Rio fundò Fernando de Blancas, y*
*que como tal posseedora le toca nombrar successores en dicho Vinculo por*
*su fin, y muerte, por ser vna de las condiciones de dicha fundacion, y vsan-*
*do de esta facultad en la mejor via, y forma, que aya lugar, nombra por*
*successor en dicha Vinculo à Don Pedro Joseph Ruiz de Aguayo, herma-*
*no de la otorgante, Regidor, y vezino de dicha Villa de Castro del Rio,*
*residente al presente en esta, en quien concurren las calidades necessa-*
*rias,*

*rias para posseer dicho Vinculo, y cumplir con sus cargas, y obligaciones, para que por fin, y muerte de la otorgante goze las rentas dèl, dicho su hermano, segun, y en la forma que las goza la otorgante.*

90. Este instrumento, de que la contraria se vale para justificar la referida excepcion, es el que totalmente la destruye, y manifiesta la falta de verdad, con que en ella procediò, pues segun lo literal dèl, Don Pedro Joseph de Aguayo solo es successor, y puede entrar à posseer el Vinculo referido en virtud de el dicho nombramiento por fin, y muerte de la expressada Religiosa. Y resulta de estos Autos el vivir la sufodicha, pues al fol. 53. de la Pieza principal se halla vn poder otorgado por ella en el dia 10. de Enero de 728. y por ningun medio consta, que despues aya fallecido.

91. Pero aun en el caso de que el dicho Don Pedro Joseph fuera Posseedor del Vinculo fundado por el dicho Hernando de la Blanca el viejo, no pudiera de ningun modo pretender la manutencion en la possession de los Olivares pertenecientes à el fundado por Don Alonso de Guete y Blanca, con el motivo de ser este agregacion del que fundò el referido Fernando de la Blanca.

92. Porque como consta de la Clausula, que llevamos referida à el num. 86. la fundacion hecha por Hernando de la Blanca el viejo, es de vn Vinculo electivo, aun desde Catharina Ximenez su primera Posseedora. Y como se reconoce de las Clausulas, que se refirieron à los num. 4. y 9. 10. y 11. de esta Alegacion, el Vinculo fundado por Don Alonso de Guete y Blanca, es de vna succession regular, en los hijos, y descendientes legitimos de Doña Andrea de Ayora y Guete, y à falta de estos en los hijos, y descendientes legitimos de los demàs, que el dicho Don Alonso tenia del matrimonio contraìdo con Doña Maria de Navas y Collantes su tercera muger, y por ser la fundacion, que el referido Don Alonso hizo en cabeza de la dicha Doña Andrea su hija, de parte del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes, es precisso, que à falta de sus descendientes legitimos, à quienes en la forma regular, hizo expresso especifico llamamiento, ayan de succeder en la misma forma sus descendientes naturales, y colaterales legitimos, que lo tienen por el orden prevenido por las *leyes 27. de Toro, y 11. del tit. 6. lib. 5. Recop.*

93. Con que no pudiendose dudar, atendidas las Clausulas de ambas Fundaciones, que hasta que falten los hijos, y descendientes legitimos, y naturales, y colaterales del dicho Don Alonso, son entre sì incompatibles el orden de succeder, y llamamientos, que tienen, por ser regulares los de la del dicho Don Alonso de Guete y Blanca, y merè electivos los del Vinculo fundado por Hernaudo de la Blanca el viejo, es consiguiente, el que se ayan de reputar dos Fun-

da-

daciones distintas, y separadas para la succession; y que no le pudiera aprovechar al Don Pedro Joseph de Aguayo en este pleyto la possession, en el caso que la tuviessen, del Vinculo fundado por el dicho Hernando de la Blanca, ex doctrina Hermeneg. de Roxas, cum Dom. Molin. & DD. Addent. ad eum *de Incompatib. 1. part. cap. 7. num. 29. & 30.* ibi: *Quando is qui agregat, ac vnit aliqua bona sua, vel alium maioratum à se institutum, si aliàs non tenetur ea sua bona, seù maioratum de novo institutum agregare, vnire, seù incorporare alteri à se possesso, poterit aponere quascumque voluerit leges, seù conditiones, etiam incompatibiles, ac vocationes contrarias alij primo, seù antiquiori maioratui :::: Et tunc prædictæ incompatibiles leges, & conditiones, ac vocationes in novo maioratu, seù bonis ipsis, quæ vniuntur appositæ non sunt rejiciendæ; sed in casu isto si successor vnus nō possit ob incōpatibilitatem, ac perplexitatem eas adimplere, dividi debent ambo maioratus inter duos successores iuxta sententiam Dom. Molin. in dict. lib. 1. cap. 8. num. 35. :::: quam distinctionem sequuntur Additionatores ad D. Molin. dict. lib. 1. cap. 8. super num. 3. &c.*

94. Con lo que concurre, que el animo del dicho Don Alonso de Guete y Blanca, como resulta de las Clausulas, que se pusieron à los num. 12. y 13. fue el disponer, que en el Vinculo fundado por el dicho Hernando de la Blanca, huviessen de succeder la referida Doña Andrea de Ayora y Guete su hija, y sus hijos, y descendientes en la forma regular; y à falta de ellos, los demàs hijos, y descendientes del matrimonio, que tenia contraìdo con Doña Maria de Navas y Collantes. Y quando esto no lo pudiera executar, como desde luego lo confessamos, por el defecto de potestad, que el Don Alonso tenia para alterar el orden de succeder prevenido en el Vinculo de Hernando de la Blanca, à lo menos el dicho animo acredita la separacion de ambos Vinculos, y del modo de succeder en ellos, mientras se verificare la expressada incompatibilidad entre sus llamamientos, y la verdad, que contiene la Conclusion propuesta en este vltimo Punto.

95. Y quedando, como quedan, totalmente desvanecidas las excepciones opuestas en este pleyto por Don Pedro Joseph de Aguayo, y Consortes con los fundamentos referidos; por ellos espera la Parte de Don Pedro Nicolàs de Aguayo, que en esta instancia de revista V.S. se sirva de determinar à su favor; como tiene pedido. S.I.O.V.D.C.

*Lic. D. Sylvestre Rodriguez Alvar.*

*Lic. D. Diego Felix Ortiz.*

[illegible] en vista y revista

D. [illegible] Alvarez [illegible] D. Juan Guerrero [illegible] Colº [illegible]
[illegible] en el año 1739.